

EL MENOR. UN PACIENTE COMPLEJO.

Resumen:

El paciente menor de edad, en determinadas ocasiones, presenta una relación asistencial controvertida, de difícil interpretación y protocolización. La relación clínica médico-menor, pasa a ser una relación triangular, en la cual intervienen el médico o equipo médico, el menor de edad y sus representantes legales. El facultativo deberá valorar la capacidad o aptitud del menor, atendiendo a su edad, grado de madurez y circunstancias concretas de la actuación. Todo ello, respetando en la medida de lo posible su voluntad, velando siempre por su interés, con el objeto de poder determinar, si el menor de edad puede actuar dentro de la relación asistencial de forma autónoma. Esta valoración resulta especialmente sensible y compleja, debido a la dificultad intrínseca, así como, a su confuso y disperso marco legal. Esta es una realidad con la que los facultativos se enfrentan de manera habitual, la cual les genera inseguridad jurídica respecto de su trabajo, además de polémica con los representantes legales del menor.

Carlos M-Moratalla Valcárcel
Abogado

INDICE

1.- INTRODUCCION.

2.- PRECEDENTE A LA LEY DE AUTONOMIA DEL PACIENTE.

3. CRECIENTE AUTONOMIA DEL MENOR.

4.- LAS RELACIONES CLINICO ASISTENCIALES.

4.1.- La autonomía del paciente.

4.2.- Derecho de información.

4.3.- El consentimiento informado.

5.- MARCO JURIDICO DEL MENOR EN MATERIA SANITARIA.

5.1.- La protección del menor.

5.1.1.- La protección constitucional del menor.

5.1.2.- Artículo 154 del Código Civil.

5.1.3.- La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica de Menor. El principio del interés superior del menor.

5.1.4.- *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.*

5.2.- Interés superior del menor. Interpretación doctrinal.

5.3.- La Patria Potestad.

5.4.- Actos relativos a los derechos de la personalidad.

6.- ASISTENCIA SANITARIA AL PACIENTE MENOR DE EDAD.

6.1.- Capacidad natural.

6.2.- Triangulo asistencial.

7.- EL MENOR DE EDAD CON MADUREZ RECONOCIDA.

7.1.- El menor maduro.

7.2.- Determinación del grado de madurez del menor.

7.2.1.- Evaluación de la capacidad del menor.

9.- CONSENTIMIENTO INFORMADO PRESTADO POR LOS REPRESENTANTES LEGALES DEL MENOR DE EDAD.

9.1.- Criterios básicos de actuación.

9.2.- Colisión de intereses paterno-filiares respecto del acto médico.

11.- SITUACIONES DE GRAVE RIESGO PARA LA VIDA O SALUD DEL PACIENTE MENOR DE EDAD.

12.- CONCLUSIONES.

13.- BIBLIOGRAFIA.

13.1.- Legislación.

13.2.- Jurisprudencia.

13.3.- Libros y Revistas.

1.- INTRODUCCION.

Antiguamente, la actividad asistencial se regía por un modelo de conducta paternalista, basado en “todo por el paciente pero sin el paciente”, donde el médico centraba todos sus esfuerzos en la preservación de la salud del paciente, actuando de forma unilateral, sin importar si se privaba al enfermo de su derecho a decidir sobre su propia salud, donde el paciente obedecía y confiaba en el médico, el cual contaba con la suficiente autoridad para buscar siempre en cumplimiento de su deber, el máximo beneficio objetivo para enfermo.

Posteriormente, el modelo paternalista fue sustituido por un modelo democrático, basado en una concepción horizontal de la relación asistencial, donde se respetan los derechos y autonomía para decidir del paciente, quien ocupa una posición activa en la toma de decisiones, corresponsabilizándose el paciente con los resultados de su enfermedad.

Es a finales del siglo XIX, cuando empieza a circular en algunos medios intelectuales la idea de acoger los derechos del niño¹, pero no será hasta la mitad del siglo XX cuando se dé un paso crucial en la conquista y protección de los derechos de la infancia y adolescencia, dando paso al modelo ético relacional basado en el principio de autonomía del paciente y no en el hipocrático de beneficencia, donde la dignidad y libertad del ser humano, y por tanto del menor, fuera un bien inviolable.

En este nuevo modelo autonomista de cultura asistencial, el principio de beneficencia tropieza con las limitaciones impuestas por el reconocimiento de la autonomía del paciente para decidir por sí mismo, reconociendo su potestad moral para decidir libremente cómo gobernar su propia vida.

En este sentido, dentro de las consecuencias lógicas de estos cambios, lo primero era determinar el verdadero lugar que ocupaba el menor de edad en la sociedad, para poder ver cuáles eran sus necesidades, para posteriormente reconocer esa posición y su capacidad para decidir sobre su persona en los diferentes ámbitos de su vida, entre ellos, la salud. Una vez reconocido el status real del menor dentro de la sociedad, el siguiente paso era crear un marco jurídico adecuado donde la protección de sus derechos fundamentales y la aplicación efectiva de los mismos estuvieran garantizadas.

2.- PRECEDENTE A LA LEY DE AUTONOMIA DEL PACIENTE.

Los cambios en la estructura sanitaria han dado lugar a una relación más institucionalizada, compartida con otros profesionales y, por consiguiente, más despersonalizada y compleja, desarrollando la necesidad de legalizar la individualidad del paciente, con el objeto de asumir su autonomía en la toma de decisiones, responsabilizándose de ellas y de sus consecuencias.

¹VALLES Jules, en su obra “*El niño*” (1879) o WIGGIN Kate en “*Children’s Rights*” (1892).

El precedente de la regulación normativa de los derechos de los pacientes en nuestro ordenamiento jurídico se recoge en el apartado 6 del artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, el cual dispone que los pacientes tienen derecho “*A la libre elección entre las opciones que les presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención*”, estableciendo en su apartado 9 el derecho “*a negarse al tratamiento*”².

Como podemos apreciar, este artículo no hace referencia al menor de edad, sin embargo dentro de su apartado 6 aparece una alusión que podría resultar de aplicación a la posición jurídica del menor, al establecer que “*cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas*”. Es decir, la posición del menor quedaría enmarcada dentro de las excepciones al principio general de libre elección del tratamiento y sometida al consentimiento por representación.

La primera norma que recoge de una forma determinada la posición del menor en el ámbito sanitario es una norma sobre investigación clínica. Así, el Real Decreto 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos con medicamentos, recoge por primera vez el estatus jurídico del menor en el ámbito sanitario. Dicho Real Decreto, ya derogado por el posterior Real Decreto 223/2004, sobre la misma materia de ensayos clínicos, dispone a este respecto en su artículo 12 apartado 5 que “*en los casos de sujetos menores de edad e incapaces, el consentimiento lo otorgará siempre por escrito su representante legal, tras haber recibido y comprendido la información mencionada. Cuando las condiciones del sujeto lo permitan y, en todo caso, cuando el menor tenga doce o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo, después de haberle dado toda la información pertinente adaptada a su nivel de entendimiento*”. Así pues, dicha norma dispone el derecho del menor de doce o más años a ser informado acerca del ensayo clínico y a prestar su consentimiento conjuntamente con sus representantes legales. Se consagra, por tanto, el derecho del menor a ser escuchado.

Es a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando se empieza a plantear seriamente sobre esta cuestión, y aunque fueron muy relevantes los acuerdos alcanzados sobre esta materia a nivel internacional, tuvieron que pasar algunas décadas para que nuestro Derecho interno reconociera de forma expresa el principio de la autonomía de la voluntad en la esfera de actuación del menor. Concretamente el artículo 162 del Código Civil excluye del ámbito de la representación legal de los padres aquellos actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo menor no emancipado, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pudiera realizar por sí mismo.

En este sentido, la madurez es uno de los factores que determinan el reconocimiento de capacidad al menor para actuar en el ámbito sanitario, pero el

² Ver apartado 6 y apartado 9 del artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, derogados por la disposición derogatoria única de la ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica regulador de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

legislador no establece ningún criterio que de forma objetiva determine las pautas de evaluación de esta madurez, lo que ha planteado serios problemas a los órganos jurisdiccionales y a los facultativos para dar aplicación efectiva al citado precepto, dejando prácticamente inaplicable el precepto aludido, por el temor a las graves consecuencias que podrían derivarse de las intervenciones sanitarias llevadas a cabo sobre un menor al que erróneamente se presumió su madurez.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, preocupada por los avances técnicos que de forma imparable estaban teniendo lugar en las ciencias biomédicas, a través de su Recomendación 1160, advirtió la necesidad de elaborar un Convenio de Bioética que ofreciera una protección real a los derechos fundamentales del ser humano y a la inviolabilidad de su dignidad. Los países que recogieron el testigo ofrecido por este órgano deliberante, con la intención de proteger los bienes citados y dar respuesta a los dilemas éticos, clínicos y jurídicos suscitados por la injerencia de los nuevos avances médicos y tecnológicos en esta delicada esfera³, firmaron en Oviedo el 4 de abril de 1997 el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

El principio de autonomía de la voluntad que durante tantos años había sido anulado por la presencia de un paternalismo extremo en la relación clínica, queda expresamente reconocido en el artículo 5 del Convenio de Oviedo, al disponer que *“La intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”*. La ruptura con este modelo de actuación se hace todavía más evidente, en relación al paciente menor, cuando en el artículo 6. 2 párrafo segundo establece que: *“La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”*.

En definitiva, a partir de los años noventa se produce una tímida regulación en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos del menor en el ámbito sanitario, estableciéndose, aunque restringido inicialmente al ámbito de la investigación clínica, el derecho del menor de doce o más años a ser escuchado y a completar el consentimiento informado que han de prestar sus representantes legales. Es a partir de la ratificación del Convenio de Oviedo y su incorporación al ordenamiento interno,

³ Así queda establecido en el Preámbulo del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997. Instrumento de ratificación BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999: *“Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es la de conseguir una unión más estrecha entre sus miembros y que uno de los medios para lograr dicha finalidad es la salvaguardia y el fomento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”*. Artículo 1: *“Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”*.

cuando entendemos que el menor debe de ostentar un estatus específico en el ámbito de las decisiones sanitarias.

Aunque las bases para la quiebra absoluta con el principio paternalista parecían establecidas, la imprecisión en la redacción de algunos de los preceptos que desarrollaron nuestro Derecho interno, lejos de aportar la luz necesaria para resolver las cuestiones planteadas en este ámbito, suscitó serios problemas técnico-jurídicos de interpretación y aplicación.

3. CRECIENTE AUTONOMIA DEL MENOR.

El concepto legal de menor aparece definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, cuando se refiere a las personas menores de dieciocho años, salvo que se encuentren equiparadas a mayores de edad por alguna norma aplicable, situación que se da en el ámbito sanitario cuando el menor alcanza la edad de dieciséis años.

El menor de edad, cuando tiene pocos años, precisa de una especial atención frente a terceros y requiere de alguien que se ocupe de él, pues es vulnerable y tiene muchas necesidades, por esta razón, su capacidad de actuación es muy limitada, por lo que la ley la transfiere o comparte a otra persona. Su necesidad de representación disminuye cuando el menor va desarrollando las aptitudes físicas y psíquicas, cognitivas y afectivas de su personalidad, adquiriendo la capacidad de formarse progresivamente ideas y valores, apareciendo en el menor de forma paulatina la capacidad de comprensión y elección, lo que finalmente le confiere su autonomía vital, que es la aptitud para decidir por sí mismo.

La Constitución Española diseña la minoría de edad, artículo 12 y artículo 39, como un periodo de la vida donde la persona resulta incapaz para poder tutelar sus derechos e intereses, precisando de instrumentos para su protección⁴.

El artículo 154 del Código Civil incluye entre los deberes y facultades integrantes de la patria potestad, el deber de representar a los hijos, estableciendo el artículo 162 del mismo cuerpo legal que *“los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”*.

Sin embargo, el artículo 162 del Código Civil, añade una triple excepción a la facultad representativa de los padres, quienes no podrán sustituir a sus hijos en los siguientes supuestos: *“1. Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo; 2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo; 3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres”*.

⁴ Ver artículo 12 de la Constitución española *“Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”* y artículo 39.3 *“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*.

Podemos observar, que entre los actos excluidos de la representación, se enumeran los actos naturales que forman parte del ámbito de libertad garantizado por el derecho fundamental.

De la interpretación conjunta de los artículos 162 y 322 del Código Civil⁵, podemos deducir que la incapacidad de obrar es la regla general aplicable a los menores de edad no emancipados, de modo que estos necesitan actuar a través de representante legal. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1 / 1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

En este sentido, impedir al niño manifestar su voluntad y asumir responsabilidades, no le ayudaría ni prepararía para su vida de adulto. Por lo tanto, la tutela jurídica del infante y del adolescente debe ajustarse a su grado de madurez y discernimiento, por lo que deben de ser distintas y ajustadas al caso concreto.

4.- LAS RELACIONES CLINICO ASISTENCIALES.

4.1.- La autonomía del paciente.

La autonomía de la voluntad tiene especial relevancia en materia sanitaria, pues el paciente debe tomar decisiones sobre su propia vida e integridad física, decisiones que pueden interferir con otros derechos de la personalidad. En este sentido, la autonomía del paciente debe estar reservada a su voluntad, único legitimado para decidir qué riesgos asume o a qué bienes renuncia, en el ejercicio de su personal e intransferible proyecto vital.

Nuestra Constitución española, en su artículo 1, reconoce como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, la libertad de las personas, contemplando en su artículo 15, “el derecho a la vida y a la integridad física y moral”. La autonomía del paciente, se fundamenta en la dignidad de la persona, en los derechos inviolables que le son inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, reconocidos expresamente en su artículo 10, como fundamentos del orden político y de la paz social.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece en su artículo 2, los principios básicos de la autonomía del paciente, del cual se desprende que, *“todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino también al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto*

⁵ Ver artículo 322 del Código Civil: “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”, por lo que se impone a los facultativos el deber de cumplir la *lex artis* formal, integrada por el cumplimiento de los deberes de información, documentación clínicas y el respeto a la autonomía de la voluntad del paciente, y la *lex artis* material, que supone la correcta prestación de las técnicas médicas propias de cada especialidad, pues sólo si se dispone de la información adecuada se podrá prestar libremente el consentimiento. El paciente o usuario, una vez informado, decide voluntariamente si quiere o no someterse a la intervención o tratamiento.

4.2.- Derecho de información.

El derecho a la información en materia sanitaria, está íntimamente relacionado con el requisito previo de consentimiento a toda intervención, considerando estos dos conceptos, información y consentimiento, las dos caras de la autonomía del paciente. No es posible que el paciente preste de forma correcta su consentimiento, sin conocer previamente y de forma completa y adecuada los extremos del acto médico y, en consecuencia, la decisión que toma, constituyendo la prestación de dicho consentimiento la expresión última de la autonomía del paciente.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su artículo 4, establece el derecho a la información asistencial, configurándolo como un proceso gradual, continuado en el tiempo, que como regla general se proporcionara de forma verbal, adecuada, verdadera y comprensible a las necesidades del paciente, sobre la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias para la toma de decisiones, siendo un derecho para el paciente o usuario y una obligación para el médico, debiendo dejar el médico constancia de todo el proceso dentro de la historia clínica del paciente.

En cualquier caso, para calcular el grado de información que debe recibir el paciente, se debe atender siempre al propósito perseguido. Para que el paciente preste su consentimiento libremente y con conocimiento de causa, es necesario que se le explique y conozca lo esencial, utilizando palabras comprensibles que le permitan tomar conciencia de su situación, analizando las diferentes posibilidades que puede seleccionar y los riesgos asociados a cada una de ellas. La información ha de ser exhaustiva y suficiente, para que el paciente pueda tener datos claros y precisos, para poder valorar su situación. En todo caso, la información debe ser correcta, veraz y leal, para conformar de este modo el consentimiento debidamente informado. Respecto de la información relativa a los posibles riesgos, se debe hacer en términos de probabilidad, para cada una de las opciones posibles, de forma comprensible y en un grado que pueda ser asumido por el paciente. De no ser así, una información excesiva o incomprensible, podría provocar la confusión del paciente y determinar consentimiento viciado.

4.3.- El consentimiento informado.

El Consentimiento informado se regula en el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, estableciendo en su apartado segundo que *“El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”*. Se configura así el consentimiento como la principal manifestación de la autonomía voluntad en la relación médico-paciente.

Respecto de la prestación de consentimiento informado por parte del paciente, existen dos vertientes, una positiva y otra negativa. Respecto de la positiva, el artículo 2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, dispone que *“toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”*. Seguidamente, el artículo 2.3 establece que *“el paciente tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”*. En relación con la vertiente negativa, esta se reconoce, en el artículo 2.4, del mismo cuerpo legal, afirmando que *“todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento”*.

La ausencia del consentimiento informado puede suponer una vulneración del derecho fundamental a la integridad física consagrada en el artículo 15 de la Constitución española, el cual, establece que *“todos tienen derecho a la integridad física y moral”*. Aunque se debe aclarar, que la falta del consentimiento no supone de forma directa una violación del derecho fundamental a la integridad física, siendo preciso atender a las circunstancias del caso, pues no se trata de un derecho absoluto e ilimitado, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes. La regulación del consentimiento informado, supone una doble garantía, para el paciente, que le permite hacer efectivo el derecho fundamental a la integridad física, respecto de las actuaciones médicas que se le efectúen y, para el médico, una garantía de la legitimidad del acto⁶.

El Tribunal Constitucional⁷, ha establecido que *“El consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad”*. Al mismo tiempo, dispone que *“El artículo 15 de la CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, lo que no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral”*. En este sentido afirma que el ejercicio del consentimiento informado es *“una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad,*

⁶ STC nº 37/2011, de 28 de marzo.

⁷ STC nº 37/2011, de 28 de marzo.

para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo”.

En la actualidad, la doctrina mayoritaria reconoce que el ejercicio del consentimiento informado del paciente, implica el ejercicio del derecho fundamental de la integridad física y moral, frente a cualquier acto llevado a cabo sobre su salud, entendido como un mecanismo de protección y garantía de los derechos del paciente.

En este sentido, *“el derecho resulta afectado cuando se impone a una persona asistencia médica en contra de su voluntad. Dicha imposición, puede venir determinada por los demás variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional”*⁸. Siguiendo esta línea, *“el derecho fundamental conlleva una facultad negativa que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida”*⁹.

Se pone de relieve, la importancia constitucional adquirida por el consentimiento informado como garantía del derecho a la integridad personal, en un momento previo a cualquier intervención en el ámbito de la salud, afirmando el Tribunal constitucional, que el consentimiento informado alcanza así *“una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental”*¹⁰ pues su emisión, legitima la actuación del profesional sanitario, siendo ésta por lo tanto lícita y consentida, de manera que la actuación sanitaria es correcta.

Ahora bien, respecto del consentimiento informado del paciente menor de edad, dependerá de que el mismo cuente con capacidad natural o madurez suficiente para poder emitir el consentimiento de forma autónoma, como veremos más adelante, atendiendo a su edad, madurez y acto concreto.

5.- MARCO JURIDICO DEL MENOR EN MATERIA SANITARIA.

5.1.- La protección del menor.

Debemos destacar respecto de la condición jurídica del niño, el contenido de cuatro normas consideradas como fundamentales, por la contribución que aportan las mismas en la configuración del modelo actual.

⁸ STC nº 120/1990, de 27 de junio.

⁹ STC nº 154/2002, de 18 de julio.

¹⁰ STC nº 37/2011, de 28 de marzo.

La primera, es la Constitución Española, puesto que su aprobación desarrolla el cambio de panorama en el tratamiento del menor de edad en España, debiendo hacer mención expresa a su artículo 39, por establecer la protección constitucional de la infancia. En segundo lugar, hablaremos del artículo 154 del Código Civil, pues su redacción ofrece un gran impacto dentro del Derecho de familia. En tercer lugar, haremos referencia a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor. Y en último lugar, analizaremos la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y más concretamente, analizaremos su artículo 2, por ser la disposición que en la actualidad regula el principio del interés superior del niño con carácter general, estableciendo los criterios generales de aplicación e interpretación y los elementos generales para la ponderación de las circunstancias que involucren al niño en cada caso concreto.

5.1.1.- La protección constitucional del menor.

La Constitución Española, hace referencia directa e indirecta a la protección y asistencia del menor de edad, poniendo de relieve el especial interés del constituyente sobre la materia, reconociendo la figura del menor expresamente en la norma, a través de los términos “infancia” y “niño”. La minoría de edad aparece dentro de la Constitución Española de forma dispersa. En este punto, tratare de explicar de un lado, qué sujetos son considerados menores de edad y, por otro lado, hablare del contenido sobre la protección de la infancia, estableciendo las instituciones responsables de velar por la protección de la misma.

Podríamos definir la minoría de edad como el período comprendido desde el nacimiento de una persona, hasta el cumplimiento de determinados años establecido por ley y en sentido contrario, la mayoría de edad hace referencia al período posterior, es decir, desde el cumplimiento de los años que han sido previamente, hasta el fin de la vida¹¹.

Tal y como establece el artículo 12 de la Constitución Española, la condición de la mayoría de edad, se ha establecido en el cumplimiento de los dieciocho años¹² y con carácter general, supone el reconocimiento de la plena capacidad de obrar, lo que se traduce en la consecución de una capacidad suficiente para realizar todos los actos de la vida civil¹³, por lo que la persona se considera autónoma y por tanto, responsable de sus actos. Por el contrario, se desprende de la disposición constitucional que la edad inferior a los dieciocho años, hace referencia a la minoría de edad, lo que significa, con carácter general, la ausencia de reconocimiento de la plena capacidad de obrar¹⁴ y, en consecuencia, implica la previsión de un marco jurídico de protección y asistencia especial para los menores.

¹¹ HUETE, Luis María., *La edad en la legislación*, Dykinson, Madrid, 2000, p.11.

¹² Ver artículo 315 del Código Civil, “la mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos”.

¹³ Debemos tener en cuenta la excepción establecida en el artículo 322 del Código Civil, el cual dispone que “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

¹⁴ El artículo 162 del Código Civil es una excepción a la limitación de la capacidad de obrar del menor de edad.

El artículo 39 de la Constitución española, es la disposición que constituye el eje fundamental en torno a la cual se proporciona asistencia y protección efectiva al menor de edad, tanto a través de la familia como de los poderes públicos, el cual establece que: *“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*.

La familia es la primera y directamente responsable de velar por el menor, no obstante, los poderes públicos no son ajenos a esta tarea privada. En realidad, los poderes públicos deberán actuar de forma subsidiaria siempre que la familia no cumpla adecuadamente con sus obligaciones y deberes legales. Es por ello que, el art. 39.1 de la Constitución Española, concede a la institución familiar tres ámbitos de protección (social, económico y jurídico) y, consecuentemente, encomienda a los poderes públicos el deber de asegurar y colaborar con la misma.

Como podemos observar, el artículo 39 de la Constitución Española, trata de asegurar que toda persona menor de edad, se desarrolle de forma plena y adecuada a través de dos tipos de fuerzas, una privada, a través de las obligaciones que impone a la familia, y otra pública, mediante el desarrollo de la protección integral que se garantiza a los hijos y a aquellos que deben contribuir a alcanzarla de una manera efectiva. Solo cuando los hijos sufren un perjuicio evidente en los que las obligaciones de los padres se hallan reguladas por ley, puede justificarse la intervención de los poderes públicos.

El texto constitucional no realiza una mención expresa al principio del interés superior del menor, pero a través de una serie de preceptos y disposiciones constitucionales, en torno al marco de protección de menores, se da pie a su posterior desarrollo civil. En este sentido, el artículo 39.4 de la Constitución Española, expresa la protección de la infancia a través de las normas internacionales, asumiendo de forma indirecta, la aplicación del interés superior del menor en todos los asuntos que conciernan al niño.

5.1.2.- Artículo 154 del Código Civil.

Tras la aprobación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se reforma el Código Civil como respuesta al artículo 39.3 de la Constitución Española, eliminando los matices autoritarios predominantes en el ejercicio de la patria potestad y armonizando el ejercicio de la institución jurídica, en consonancia con las previsiones constitucionales para establecer una coherencia entre ambas normas.

El artículo 154 de este cuerpo legal, supone un avance importante dentro del marco de la protección del menor de edad, proclamando dos cuestiones interesantes,

de un lado, reconoce de forma directa la obligatoriedad de ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos, como función dual del padre y la madre, y por otro lado, reconoce de forma indirecta el respeto de la personalidad del niño y, por lo tanto, su derecho de ser oído en relación a la toma de decisiones que le incumban.

El artículo 154 del Código Civil, dispone que *“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respecto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que le afecten. Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad”*.

Este artículo, aunque admite la autonomía dentro del ejercicio de la patria potestad, proclama el interés del menor como directriz básica de las relaciones filiales, debiendo ejercerse ésta en beneficio de los hijos, estableciendo como límites de la patria potestad, el respeto de la personalidad y a la integridad física y psicológica del menor ¹⁵. En la práctica, la ley, la moral social y el orden público, son también límites de su ejercicio y, en este sentido, el respeto a los valores constitucionales y los derechos fundamentales del niño condicionan el ejercicio de todos y cada uno de los derechos que integran el contenido de la patria potestad.

A pesar del importante avance, aparecieron diversas lagunas y desajustes que se intentaron corregirse a posteriori, tratando de adecuar el ordenamiento jurídico a la realidad social. Tras la aprobación de la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se produce el gran desarrollo del principio del interés superior del menor, así como, el deber de los padres de escuchar los deseos del niño.

5.1.3.- La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica de Menor. El principio del interés superior del menor.

La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, supuso una gran repercusión de la materia por varios motivos, entre ellos, podemos señalar en primer lugar, la intención de dar respuesta a las lagunas existentes sobre cuestiones relacionadas con el menor. En segundo lugar, la ley establece preceptos que vinculan de forma directa a los poderes públicos con la protección del niño y, en tercer lugar, la norma dispone un amplio catálogo de derechos que concilia la protección y autonomía, como medio para el desarrollo de la personalidad del niño.

Dentro del capítulo II, bajo la rúbrica de los derechos del menor, en cuanto al reconocimiento específico de los derechos del niño, establece los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española y las normas internacionales.

Respecto a la necesidad de conciliación entre autonomía y protección, la exposición de motivos de la norma anuncia *“El conocimiento científico actual nos*

¹⁵ Ver artículo 162 del Código Civil, establece las excepciones al ejercicio de la patria potestad.

permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujeto. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad”.

Visto lo antedicho, el elemento fundamental introducido por esta ley, fue la inclusión del interés superior del menor como principio prioritario sobre cualquier otro interés legítimo de nuestro ordenamiento, así como, el derecho del menor a ser escuchado en relación a todos los asuntos que le conciernan. Siguiendo la línea marcada en el ámbito internacional, el principio del interés superior del menor, prima sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir en cada caso.

Básicamente, el interés superior del menor y derecho del niño a ser escuchado, son dos principios vinculados a la idea de la capacidad evolutiva del niño y, ello implica, que según la madurez del menor y su capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de una decisión en particular, su opinión deberá ser considerada en su beneficio. En este sentido, el menor de edad es reconocido como un sujeto activo en la determinación de su propio interés

Tras analizar el recorrido de la normativa establecida en nuestro ordenamiento, podemos observar un gran cambio en el régimen jurídico del menor, donde se concibe como principio rector de la normativa aplicable el interés superior del niño.

5.1.4.- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia establece, por un lado, los criterios generales que ayudan a orientar las decisiones adoptadas a favor del niño y, por otro lado, los criterios generales de ponderación que deben emplearse sobre los elementos generales.

El artículo 2.2 de la norma, reconoce los criterios generales que ayudan a orientar las decisiones adoptadas a favor del niño, disponiendo que: *“a. La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; b. La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior; c. La conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno,*

teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia; d. La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como al no discriminación del mismo por éstas o cualquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.

Estableciendo su artículo 2.3, que los criterios generales deben ponderarse teniendo en cuenta los elementos generales, debiendo ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, sin que se limiten otros derechos del niño. En síntesis, los elementos generales que deben ponderarse, son: *“a. La edad y la madurez del menor; b. La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitantes de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante; c. El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d. La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; e. La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; f. Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores”.* Todo ello, sin olvidar, el reconocimiento expreso del derecho del menor de ser oído y escuchado.

La protección de la infancia ha sido objeto de gran dispersión normativa y en lo que respecta al principio general, el denominado “interés superior del menor” es una figura interdisciplinar relativamente novedosa, que se ha introducido en el sistema a través del reconocimiento y ratificación de distintos instrumentos internacionales. En coherencia con ello, desde el punto de vista jurídico, al igual que en el marco internacional, aparece estrechamente vinculado al ámbito del Derecho de familia y, en particular, al ámbito de la protección del menor dentro de la asistencia sanitaria.

5.2.- Interés superior del menor. Interpretación doctrinal.

En la actualidad, la legislación española presenta alusiones constantes al interés superior del menor, con base en la protección de los derechos del niño, tanto en el ámbito nacional como autonómico, donde la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia están de acuerdo con la clasificación del principio como cláusula general dentro de nuestro ordenamiento.

Tal y como hemos visto, el interés del menor, como principio general, posee una configuración amplia y abierta¹⁶, que debe interpretarse como instrumento de protección del menor, siendo preferente en caso de concurrencia de intereses. Por

¹⁶ LÁZARO, Isabel., *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, p.107

ello, afirma la doctrina que no parece prudente delimitar un concepto estático sobre el principio general, por ser múltiples los criterios que determinan, en una situación concreta, cuál es el interés del menor.

Dejando al margen la amplitud del principio, el interés del menor, tiene el propósito de proteger los derechos fundamentales del niño. Esto es así, porque el niño es persona y, como tal, es titular de sus derechos. Sin embargo, el menor de edad no tiene reconocida una capacidad de obrar suficiente para ejercer por sí mismo, los derechos fundamentales de reconocida titularidad, por ello, la legislación contempla distintos instrumentos jurídicos para que los derechos y libertades del niño, puedan ser ejercidos a través de representación legal.

En este sentido, puede ocurrir que se considere que los representantes legales al emitir su voluntad en representación del menor de edad, no estén velando por el mejor interés del menor, sino por otros. Un ejemplo, sería cuando en la elección de un determinado tratamiento sanitario que incumbe al menor de edad, la voluntad de los representantes se fundamentan, en sus intereses personales o en su libertad ideológica o religiosa. En caso de colisión o conflicto de intereses, entra en práctica el principio del interés superior del menor de edad. El problema lo encontramos, cuando el menor de edad tiene que actuar para su propia protección y seguridad a través de otros, ya sean los padres, tutores o la administración pública. Esto supondría, que la defensa del interés superior del menor, en muchas ocasiones, implica la necesidad de actuar en contra de aquellos que deben actuar como efectivos protectores del menor.

Respecto de la valoración del interés superior del menor, debemos tener en cuenta, de un lado, que trata de ofrecer al niño, como persona vulnerable, una garantía de protección y, por otro lado, que según las circunstancias personales del menor y su capacidad natural de obrar, se contempla la posibilidad de que el menor de edad pueda decidir sobre su propio interés. En este sentido, la finalidad del principio general es garantizar la defensa de los derechos y libertades fundamentales del menor¹⁷ y, con ello, el libre desarrollo de su personalidad¹⁸, cuyo alcance y límites viene definido por el beneficio o perjuicio que le produzca. En este sentido

Podríamos apuntar que para valorar el interés superior de menor, debemos considerar tres puntos: sujeto, objeto y campo de proyección. El sujeto, evidentemente es el menor de edad, el objeto, es el interés o beneficio de este y el campo de proyección es el desarrollo de su personalidad. En este sentido, el sistema concibe a la familia, como eje principal para la promoción, formación y protección del menor, entendiendo que los poderes públicos deben garantizar el cumplimiento de las obligaciones familiares asegurando en última instancia su desarrollo integral.

A la hora de establecer el campo de actuación, en la determinación del principio, le corresponde intervenir en primer lugar al propio menor¹⁹, es decir, siempre

¹⁷ REVETLLAT, Isaac., "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término" *Educatio Siglo XXI*, núm. 2, 2012, p. 96.

¹⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 177 y ss.

¹⁹ La Ley Orgánica 1/1996 reconoce el "...interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...". Asimismo, la Ley 41/2002 otorga facultades al menor de edad para consentir en atención a su grado de entendimiento y comprensión.

que posea madurez para tomar una decisión, debe manifestar su propio interés y se debe respetarse su voluntad. Sin embargo, a falta de capacidad natural del niño, corresponde a los padres velar por el interés del menor y, en su defecto, a los tutores²⁰. Y finalmente, independientemente de las circunstancias, actúan los poderes públicos²¹.

En este sentido, los padres o tutores llevan a cabo una doble función a la hora de velar por los intereses de los menores de edad que estén bajo su representación. La primera, es una función legitimadora de la voluntad del menor y, por el contrario, la segunda, es una función limitadora del propio ejercicio, por lo que, las decisiones de los representantes legales que resulten perjudiciales o desventajosas para el menor, se consideran actuaciones de extralimitación legal hacia los hijos.

La última intervención corresponde a la autoridad judicial, de manera que los órganos jurisdiccionales intervienen únicamente en caso de conflicto y en última instancia. La decisión madura del menor es la primera opinión válida y aceptable en la defensa de sus propios intereses y, con carácter excepcional, a falta de capacidad del menor, actúan el resto de actores en el orden anotado. Ante una situación conflictiva, que requiera la mencionada actuación judicial para la defensa del interés del menor, se presenta la necesidad de audiencia del menor, para poder valorar su voluntad²².

En este sentido, se reconoce de forma amplia la actuación del menor de edad en los casos en los que se considere conveniente, previa atención a la capacidad natural del niño, estableciendo la posibilidad de actuar y modificar su medio personal y social que lo rodea, proyectando su voluntad para construir de forma autónoma y progresiva su situación personal en un momento determinado, así como, la propia proyección personal en un momento futuro, *“tratándose de personas de corta edad como son las que aquí nos ocupan, ha de preponderar el beneficio futuro por encima del beneficio presente”*²³.

5.3.- La Patria Potestad.

El artículo 154 del Código Civil dispone en su párrafo primero que *“los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres”* y, en su segundo párrafo, establece que *“la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica”*.

La patria potestad comprende, entre otros, los deberes y facultades de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral²⁴. Aunque nuestro ordenamiento jurídico no lo establece

²⁰ Ver artículo 39 Constitución Española y artículo 172 del Código Civil.

²¹ Ver artículo 39 Constitución Española y artículos 12 al 17 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

²² Ver artículo 9 de la Ley Orgánica 1 /1996 de protección jurídica del menor.

²³ DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 176

²⁴ Ver artículo 154 del Código Civil

expresamente, podemos interpretar el deber de vela, como un deber genérico para el cuidado de los hijos, el cual engloba el específico deber de cuidar de su salud.

El Tribunal Supremo ha dispuesto que *“el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y, dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no meramente facultativo –como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos- sino en obligatorio para quien lo ostenta”*²⁵, reconociendo el Tribunal Supremo que el ejercicio de la patria potestad tiene una naturaleza de función.

Se trata, de combinar dos exigencias para poder responder a la función protectora del menor de edad, por un lado, se debe reconocer la voluntad y autonomía del menor y, de otro lado, la necesaria intervención de los padres en beneficio e interés del menor, controlando, vigilando y defendiendo, las posibles carencias inherentes a la propia personalidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional es explícito al afirmar que *“Los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales (...) sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida (...), su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en los que la legislación gradúa su capacidad de obrar”*²⁶.

En este sentido, el incumplimiento del deber que tienen los padres de cuidar de sus hijos y, por lo tanto, de garantizar que reciban la prestación de la asistencia que sea necesaria, determina la aparición de la oportuna responsabilidad que puede ser exigida desde distintos ámbitos del ordenamiento, según la mayor o menor gravedad del comportamiento activo o pasivo de los padres y, por lo tanto, de su correspondiente calificación como infracción penal o ilícito civil.

5.4.- Actos relativos a los derechos de la personalidad.

En este punto, parece razonable atender a lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución Española, el cual afirma que *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”*.

Respecto de la integridad física y moral, el Tribunal Constitucional protege *“la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervenciones en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular”*²⁷, lo que significa, que dentro de la relación

²⁵ STS nº 1991/7447, de 11 de octubre.

²⁶ STC nº 154/2002, de 18 de julio.

²⁷ STC nº 120/1990, de 27 de junio.

médico asistencial, el derecho a la integridad de la persona protege dos esferas, por un lado, la integridad física y , por otro, la integridad moral del paciente.

La integridad física hace referencia al cuerpo humano, es decir, a la protección física de la persona en toda situación que produzca o pueda producir una lesión externa. De esta forma, se ha afirmado que el derecho protege la incolumidad corporal²⁸, es decir, el derecho del paciente a no sufrir una lesión en su propio cuerpo sin consentimiento.

No todo riesgo o daño para la salud del paciente, supone una vulneración de su integridad, únicamente se considera como tal, aquel que supone un peligro grave, cierto e inmediato²⁹. En este sentido, el derecho de que no se dañe o perjudique la salud personal en su conjunto, queda comprendido en el denominado derecho a la integridad personal³⁰. Siguiendo esta línea, la integridad personal engloba ambas facetas, la inviolabilidad física y moral.

El Tribunal Constitucional³¹ ha explicado que *“aunque el derecho a la integridad se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (...), su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por «toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular»*, por lo que las actuaciones que se lleven a cabo sin la autorización del paciente, suponen una violación de su integridad personal, con independencia de que la actuación sea considerada por la ciencia como beneficiosa o como perjudicial para el estado de salud de la persona. Esta afirmación es importante, pues existe un imperativo constitucional de previo consentimiento del paciente incluso ante las actuaciones sanitarias consideradas como objetivamente idóneas porque producen un beneficio directo en su salud.

En el tema que nos ocupa, la legislación no regula de forma específica el ejercicio de los derechos fundamentales del menor de edad, en este sentido, la doctrina ha considerado que por analogía es aplicable la excepción contemplada en el artículo 162 del Código Civil, tanto al ámbito de los derechos de la personalidad como al de los derechos fundamentales del menor³².

La regla general establece que el menor con capacidad natural o madurez reconocida, puede realizar de forma autónoma los actos que impliquen el ejercicio los derechos de la personalidad, sin más limitaciones que las establecidas dentro del artículo 6.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, siendo estas “la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás”. Siguiendo esta línea, el menor como titular de derechos y libertades, puede ejercer los derechos de la personalidad mediante actos para los que tenga reconocida suficiente madurez, por ser éstos, una manifestación de la dignidad del

²⁸ STC nº207/1996, de 16 de diciembre.

²⁹ STC nº 119/2001, de 24 de mayo.

³⁰ STC nº 35/1996, de 11 de marzo.

³¹ STC nº 207/1996, de 16 de diciembre.

³² DíEZ-PICAZO, Luis María., *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, pp. 137-138

menor. En cambio, el menor de edad que no tenga capacidad natural reconocida, no podrá llevar a cabo de forma autónoma estos derechos.

Dicho esto, la exclusión de los padres en el ejercicio de los derechos de la personalidad no debe de ser absoluta, ya que en caso de serlo, se estaría desprotegiendo al menor de edad. Respecto a esta afirmación, el Tribunal Constitucional es muy explícito al afirmar que *“los actos relativos a los derechos de la personalidad, de los que queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres en cuanto titulares de la patria potestad, según explícitamente proclama el artículo 162.1 del Código civil; tal exclusión por otra parte, no alcanza al deber de velar y cuidar del menor y sus intereses”*³³.

En definitiva, en lo que respecta a los derechos de la personalidad dentro de la legislación española, podemos deducir que existen dos modalidades dentro de su ejercicio. El autoejercicio de los derechos de la personalidad, esto es, cuando el menor de edad tiene madurez suficiente para ejercer sus derechos de forma autónoma y, el heteroejercicio de estos derechos, cuando el menor carece en el caso concreto de madurez, en este caso, actuarán los representantes legales a favor del interés del menor³⁴.

6.- ASISTENCIA SANITARIA AL PACIENTE MENOR DE EDAD.

Al analizar el marco jurídico del consentimiento informado en la minoría de edad, resulta importante traer a colación, la definición del consentimiento informado del paciente. El artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, lo define como *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”*, disponiendo en su artículo 2.2 que, *“toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes usuarios”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, para poder legitimar una actuación en el ámbito de la salud de forma autónoma, es necesario que el paciente ostente capacidad para decidir por sí mismo. En torno a esta cuestión, la legislación civil establece que la capacidad de obrar se adquiere de forma automática a los dieciocho años cumplidos, esto es, con la mayoría de edad³⁵. Durante la minoría de edad, el niño no es un sujeto incapaz, pero su capacidad de obrar se considera limitada³⁶. Esto es así, porque el ordenamiento jurídico reconoce autonomía al menor de edad de forma progresiva, determinada gradualmente según la edad y la madurez del niño, en conexión con la importancia del acto concreto que se va a llevar a cabo.

³³ STC, nº. 154/2002, de 18 de julio.

³⁴ ALÁEZ, Benito., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 125 y ss.

³⁵ Ver artículos 315 y 322 del Código Civil.

³⁶ RAMOS, Enrique., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 200 y ss.

Esta idea proviene de la interpretación de diversos preceptos, entre ellos, los artículos 154 y 162.1 del Código Civil. El artículo 154, entre otras facultades, atribuye a quien ejerce la patria potestad el deber de velar por el menor y actuar en su beneficio, todo ello, de acuerdo con su personalidad. Por su parte, el artículo 162.1, exceptúa del ejercicio de representación legal, los actos relativos a los derechos de la personalidad, que el menor de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

Por tanto, en los derechos de la personalidad no rigen las reglas generales de la capacidad de obrar, puesto que el fundamento de los mismos son la libertad y la dignidad del individuo. Por ello, en lo que respecta a los derechos de la personalidad, la legislación civil reconoce a la persona menor de edad, la posibilidad de actuar de forma autónoma, siempre y cuando, ostente madurez suficiente, es decir, aptitud volitiva e intelectual. En este sentido, el artículo 9.3 y 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reconoce la posibilidad de que el menor de edad preste su consentimiento informado de forma autónoma, es decir, sin representación, con base a su capacidad natural, valorando la situación y supuesto específico, todo ello sin tener en cuenta su edad.

La actual redacción del artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, dice expresamente, *“Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: ...c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”*. Y por su parte, la nueva redacción del artículo 9.4 del mismo cuerpo legal añade lo siguiente: *“cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o la salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”*.

A su vez, estas disposiciones deben ponerse en relación con dos preceptos reconocidos recientemente en la misma norma, tras la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia* y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*.

En primer lugar, el artículo 9.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que *“En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán*

ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad". Y en segundo lugar, el artículo 9.7 dispone de forma literal que "La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento."

Con carácter general, la norma reconoce capacidad legal para emitir el consentimiento informado al menor emancipado y al mayor de dieciséis, salvo en cuatro supuestos establecidos dentro del artículo 9 apartados 4 y 5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La primera excepción, hace referencia al hecho de que el paciente, a pesar de tener dieciséis años de edad o estar emancipado, no sea considerado maduro o tenga modificada su capacidad judicialmente. La segunda excepción, se refiere al hecho de que la actuación sea considerada de grave riesgo para la vida o la salud del niño, donde el consentimiento lo prestara el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Ambos supuestos excepcionales, deben ser determinados según el criterio profesional del facultativo y en atención al acto. La tercera excepción, sería la práctica de ensayos clínicos y técnicas de reproducción humana asistida, que se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación³⁷. La cuarta excepción, se refiere a la interrupción voluntaria del embarazo, donde será preciso la manifestación voluntaria de la menor y el consentimiento expreso de sus representantes legales³⁸.

Respecto de la asistencia médica al menor, es importante observar tres situaciones. La primera, referida a la persona menor de edad pero mayor de dieciséis años y al menor emancipado, puesto que ambos tienen reconocida capacidad legal para tomar decisiones, salvo las excepciones enumeradas en el párrafo anterior. La segunda, referida al menor maduro, con una edad inferior a los dieciséis años cumplidos, cuya situación jurídica ha estado discutida por la doctrina durante mucho tiempo en el ámbito sanitario y a día de hoy sigue creando controversia. La tercera,

³⁷ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

³⁸ Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, de reforma de la Ley del aborto para reforzar la protección de las menores.

referida al consentimiento informado ejercido por los representantes legales del menor en beneficio del mejor interés del niño.

6.1.- Capacidad natural.

Para poder ejercer de forma eficaz los derechos de la personalidad, será necesario que el titular de los mismos tenga capacidad natural, definida como la capacidad de entendimiento y juicio necesarios para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate.

Esta regla, se consagró por primera vez en el artículo 162.1 del Código Civil, tras la reforma de 1981, disponiendo que se exceptúen de la representación legal, los actos relativos a *“los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”*. Poco tiempo después, la mencionada regla fue corroborada por lo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, que dispone que *“el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”*. Con posterioridad, la Ley 1/1996 de Protección jurídica del menor, de acuerdo con la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, se inspira en la idea, según la cual, la mejor forma de garantizar la protección del menor es promover su autonomía como sujeto, estableciendo la necesidad de reconocer al menor, una capacidad gradual o progresiva para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

La capacidad natural, es una cualidad del sujeto que debe ser valorada caso por caso, en relación a la decisión de que se trate. Debe tenerse en cuenta, que el grado de entendimiento necesario para el ejercicio de un derecho de la personalidad, sólo puede determinarse en atención a la naturaleza y consecuencias del acto a que se refiera. Todos estos actos, implican el ejercicio de derechos de la personalidad, pero es evidente que el alcance y trascendencia de cada uno de ellos es diferente, al igual que su posible influencia en el desarrollo futuro del menor. Por ello, y a pesar de que parezca contrario a la seguridad jurídica, en el ámbito de los derechos de la personalidad, debe prevalecer el criterio casuístico frente al cronológico.

Sin embargo, esto no impide que en algunos casos, la ley exija una determinada edad para realizar ciertos actos o, que presuma, que a partir de cierta edad, el menor tiene capacidad natural para ejercerlos. Un ejemplo a este supuesto, lo podemos encontrar respecto del consentimiento a la donación de órganos³⁹, ensayos clínicos y prácticas de técnicas de reproducción asistida⁴⁰ o la donación de embriones

³⁹ Ver artículo 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, como el artículo 9 del RD 2070/1999 por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

⁴⁰ Ver artículo 6.1 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida.

y preembriones para fines de investigación⁴¹, donde la ley exige al paciente la mayoría de edad.

En otros supuestos, la ley presume que el menor a partir de cierta edad, tiene suficiente capacidad natural para realizar el acto de que se trate. Así ocurre en relación a la prestación del consentimiento al tratamiento médico. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, dispone que a partir de los 16 años, corresponde al menor otorgar el consentimiento informado y, respecto de los menores de edad inferior, habrá que valorar si poseen o no suficiente capacidad.

En otras ocasiones, la ley presume, que el menor tiene capacidad natural para decidir, pero sin embargo, no lo considera suficiente, requiriendo también el consentimiento de los representantes legales. En estos casos, hay que entender que los representantes del menor, actúan como asistencia al consentimiento prestado por el menor de edad, a fin de completar su capacidad. Un ejemplo de esta situación, son las normas relativas a la participación en ensayos clínicos. Así, el artículo 7.3 a) RD 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, el cual dispone, que si el sujeto del ensayo es menor de edad, será necesario el consentimiento del representante legal y el consentimiento del menor, siempre que tenga más de 12 años. Es decir, a partir de los 12 años se presupone que el menor tiene una cierta capacidad para decidir si quiere o no, participar en un ensayo clínico, pero su manifestación de voluntad no se considera plenamente eficaz, pues el nivel de madurez y juicio precisado para dar un eficaz consentimiento al ensayo es elevado, pues se trata de actos médicos que implican mayores riesgos que un tratamiento terapéutico habitual. Otro ejemplo sería, la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad, donde será preciso además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

En este caso, vemos limitada la eficacia de la decisión del paciente menor de edad, al supuesto de que la decisión que adopte el menor le resulte beneficiosa. En este sentido, se puede privar de eficacia la decisión del menor, al que previamente se le ha reconocido capacidad natural, si un tercero (los padres o representantes legales; el médico que lo trata; el Ministerio Fiscal) considera que la alternativa elegida por el menor no le beneficia⁴². Dicho esto, se podría interpretar, que se sustituye la voluntad del menor, en todos aquellos casos en que su decisión no resulta razonable según los usos sociales, los parámetros médicos o valores de sus representantes legales.

Ahora bien, a la hora de tomar una decisión, no sólo se deberá tener en cuenta lo que se considere más beneficioso para el menor, sino que también, se debe respetar y valorar los deseos y opiniones del menor. Por ello, se entiende que la intervención de los padres o tutor, se lleva a cabo, más que en su calidad de representantes, en ejercicio de su obligación de velar por el menor.

⁴¹ Ver artículo 4.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

⁴² Ver artículo 154 y 216 del Código Civil.

Visto lo antedicho, a la hora de determinar si el menor de edad tiene suficiente capacidad natural, se debe considerar su discernimiento y grado de madurez, es decir, que pueda valorar las consecuencias positivas o negativas de la decisión que adopte, sopesando y razonando sus ventajas, inconvenientes y posibles riesgos. En este sentido, cuanto más graves sean las consecuencias que pueden resultar de un acto, mayor grado de discernimiento y madurez debe exigirse al menor de edad, para que este pueda adoptar su decisión de forma autónoma.

6.2.- Triangulo asistencial.

La prestación del consentimiento a la práctica de intervenciones médicas es un proceso complejo en el que intervienen varias personas. El paciente sólo puede ejercer su autonomía para elegir o rechazar las opciones terapéuticas que se le plantean, si el médico le proporciona de forma completa y comprensible la información. Pero no todas las personas están en condiciones intelectuales y emocionales para digerir esa información y poder tomar una decisión.

El artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, establece que el *“estar en condiciones de formarse un juicio propio”* es el presupuesto para ejercer el derecho a expresar libremente las propias opiniones. En este sentido, el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General nº 12, sobre el derecho del niño a ser escuchado⁴³, dispone que el término madurez, hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado.

En nuestro Derecho, el artículo 9 apartado 3. a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, atribuye expresamente la evaluación de la capacidad de decisión del paciente, al criterio del médico responsable de la asistencia. Esta atribución de carácter general debe entenderse extensiva al caso de los pacientes menores ya que la letra c) del mismo apartado, no menciona ninguna instancia responsable de la evaluación de la capacidad del menor.

El Código de Ética y Deontología Médica de 2011, establece en su artículo 14 que *“1. El mayor de 16 años se considera capacitado para tomar decisiones sobre actuaciones asistenciales ordinarias. 2. La opinión del menor de 16 años será más o menos determinante según su edad y grado de madurez; esta valoración supone para el médico una responsabilidad ética. 3. En los casos de actuaciones con grave riesgo para la salud del menor de 16 años, el médico tiene obligación de informar siempre a los padres y obtener su consentimiento. Entre 16 y 18 años los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta. 4. Cuando los representantes legales tomen una decisión que, a criterio del médico, sea contraria a los intereses del representado, el médico solicitará la intervención judicial”*⁴⁴.

⁴³ CRC/C/CG/12, 20 de julio de 2009.

⁴⁴ El Código de Ética y Deontología Médica de 1999, incluía ya algunas previsiones acerca del menor. Así, en su artículo 10 apartado 6 disponía que *“la opinión del menor será tomada en consideración como*

En la toma de decisiones relativa a la asistencia médica prestada a un menor, hay que considerar que están implicadas tres partes: el propio menor, sus padres o tutores, y el médico o el equipo médico responsable de su asistencia. Y por ello se entrecruzan diversos intereses: por un lado, el derecho a la salud y a la intimidad del propio menor; por otro lado, la potestad de los padres o tutores, de velar por el bienestar, tanto físico como moral, del menor; y, por último, la responsabilidad del médico de salvaguardar la salud del menor. No se trata de cuestiones meramente médicas o jurídicas, sino que existen otros factores a tener en cuenta, como la relación entre padres e hijos, el temor reverencial de los hijos hacia sus padres o tutores, el ambiente cultural de la familia, entorno social, etc.

7.- EL MENOR DE EDAD CON MADUREZ RECONOCIDA.

En este punto, debemos valorar las reformas introducidas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, tras la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia* y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*.

La legislación civil, dentro del periodo de la minoría de edad, en consonancia con la legislación sanitaria, reconoce que el menor de dieciséis años, con carácter general, necesita ejercer el consentimiento informado a través de sus representantes legales. Sin embargo, con base a su madurez, existe la posibilidad de que pueda decidir por sí mismo. Por consiguiente, se presentan dos supuestos en los que el menor de edad puede actuar de forma autónoma por ser considerado capaz y competente para emitir su propia voluntad, legitimando los actos sanitarios que se lleven a cabo sobre su propio cuerpo.

En primer lugar, el menor emancipado y el mayor de dieciséis años de edad, con carácter general, tienen reconocida capacidad legal para tomar decisiones sanitarias por sí mismo, excluyéndose la posibilidad de que se preste el consentimiento informado a través del ejercicio de la representación legal. En este caso, existen dos excepciones, de un lado, cuando el facultativo determine que el menor no es maduro, en este caso, decidirán los representantes legales. De otro lado, cuando el facultativo considere que el acto que hay que llevar a cabo sobre el menor de edad, es un acto de grave riesgo para la vida y la salud del menor, en este caso, deberán decidir igualmente los representantes del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor.

En segundo lugar, antes de la reforma de la ley, se reconocía que entre los doce y los dieciséis años, existía la posibilidad de que el menor fuese maduro. Tras la

un factor que será tanto más determinante en función de su edad y de su grado de madurez”, añadiendo el apartado 5 de este mismo artículo que “si el enfermo no estuviera en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad... y resultase imposible obtenerlo de su familia o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”.

reforma, se ha eliminado el margen de edad de indicado y si bien, el legislador entendía que la madurez debía ser evaluada entre los doce y los dieciséis años, hoy se entiende, que la evaluación de la madurez debe llevarse a cabo en toda persona, es decir, a todo paciente que tenga una edad inferior a los dieciséis.

En este sentido, La controversia surge en la evaluación de la capacidad natural del niño, pues la posibilidad de que el menor emita su propia voluntad, sobre sus derechos de la personalidad, va a depender de que el niño posea o no, suficiente madurez para consentir. Por consiguiente, deberemos evaluar quien posee capacidad natural en el supuesto específico y quién es el responsable de determinar la misma para posibilitar la toma de decisión.

En ámbito de la salud, la determinación de la capacidad natural para decidir se ha establecido sobre la base de dos criterios, los cuales, aparecen relacionados dentro de la toma de decisión. Estos son, el criterio objetivo, que atiende a la edad de la persona y, el criterio subjetivo, donde se valora la madurez del individuo en relación con el acto concreto, con independencia de la edad de la persona⁴⁵.

Esto es así porque el desarrollo moral del menor es continuo y progresivo, presentando a lo largo de su desarrollo distintos grados de discernimiento. En este sentido, entorno a los dieciséis años, es cuando el niño presenta las variaciones más significativas en el desarrollo volitivo y cognoscitivo⁴⁶, con base en esta idea, el ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de decisión autónoma en la edad de dieciséis años y, de ahí, surge la teoría del menor maduro.

7.1.- El menor maduro.

Aunque el ordenamiento jurídico español no lo define, la doctrina y la jurisprudencia cuando hacen referencia al término, consideran capacidad natural y madurez como sinónimas⁴⁷.

Entenderemos que una persona es madura, cuando tenga capacidad para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos, para a continuación, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propia escala de valores⁴⁸, es decir, cuando la persona presente aptitud psíquica para el válido ejercicio de sus derechos.

El menor de edad para poder ejercer su derecho a consentir debe tener aptitud psíquica, es decir, comprender el alcance y las consecuencias del acto sanitario y, al

⁴⁵ SÁNCHEZ, Carmen., "Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad", Civitas, Madrid, 2003, p. 958

⁴⁶ KOHLBERG, Lawrence., *Psicología del desarrollo moral.*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1992, pp. 25 y ss.

⁴⁷ MARTÍNEZ, Carmen., "Aspectos éticos en la adolescencia: del menor maduro al adulto autónomo", *Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia*, núm. 2, 2013, p. 24

⁴⁸ LORDA, Pablo Simón y Luis CONCEIRO., "El consentimiento informado: Teoría y Práctica (I)", *Medicina Clínica*, núm. 17, 1993, p. 661

mismo tiempo, que la decisión adoptada sea respetuoso con el ejercicio futuro de otros derechos. De acuerdo con este enfoque, capacidad natural y madurez hacen referencia a las condiciones psíquicas idóneas, es decir, al discernimiento. Y en consecuencia, ambas pueden ser definidas como las aptitudes psíquicas adecuadas del paciente para emitir un consentimiento informado libre, consciente y voluntario del acto sanitario concreto de que se trate, pudiendo rechazar o consentir de forma autónoma el acto sanitario concreto, equiparando la decisión del menor maduro a la de un adulto.

Sentado lo cual, la madurez no se evalúa por el contenido de los valores que una persona asume en el momento de tomar una decisión sobre un acto sanitario específico, sino por las capacidades formales de valorar y juzgar una situación que se plantean en un momento dado. Es por ello que considerar inmadura una decisión distinta a la que la generalidad adopta, es un error que debe intentar superarse.

En el ámbito sanitario, existe otro factor importante a tener en cuenta y que influye directamente en la evaluación de la madurez del niño, y es, que la madurez exigida al menor, va a variar según el acto sanitario que se vaya a llevar a cabo, por lo que a la hora de valorar la toma de la decisión clínica respecto de un menor, habrá que analizar el aspecto cronológico, la madurez del menor y la gravedad del tratamiento o la intervención.

En España, el Tribunal Constitucional confirma esta idea en la sentencia 154/2002, de 18 de julio de 2002⁴⁹, respecto de un menor de edad que rechaza un tratamiento vital, afirmando que *“el ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad”*. Sin embargo, *“esto, no es suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y en consecuencia, irreparable”*, por lo que cuando se procede a evaluar la madurez de un menor, es conveniente tener en cuenta, las circunstancias y las consecuencias del acto clínico concreto. El criterio que fija con esta sentencia el Tribunal Constitucional, es el de atender a la irreversibilidad del acto y que la capacidad o grado de madurez exigido al menor de edad, debe de aumentar a medida que el riesgo de la intervención sea mayor.

En este punto, podríamos plantear la posibilidad de añadir un nuevo criterio, el de atender al derecho que se ejercita, es decir, la voluntad del menor. Las limitaciones del ejercicio de los derechos del menor, están justificadas por el criterio cronológico y por la falta de razón, experiencia o capacidad insuficiente, para ejercer su derecho a decidir sobre su propia salud, lo que podría dificultar o impedir los propios planes de vida del menor, y con ello, la consecución del libre desarrollo de la personalidad. En este caso, resulta interesante atender al derecho concreto que se ejercita, puesto que hay que tener en cuenta que lo fundamental en todo caso es el respeto de la auténtica voluntad de cada uno, en este caso, la voluntad del menor⁵⁰.

⁴⁹ STC, núm. 154/2002, de 18 de julio.

⁵⁰ CAMPOY, Ignacio., *La fundamentación de los derechos de los niños: modelos de reconocimiento y protección.*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 997 y ss.

En este sentido, la evaluación deberá verificar si existe en la persona y caso concreto, racionalidad respecto de su voluntad, de forma que el deseo expresado sea congruente con los fines contemplados por quien lo expresa y que éstos sean razonablemente realizables en el marco de su realidad personal. Por otro lado, es necesario atender a que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica, por lo que, la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo recibido condicionan decisivamente la evolución de la capacidad del menor para formarse una opinión propia. Al mismo tiempo, se deberán valorar los efectos en la vida o salud del menor que se puedan derivar de la decisión adoptada, cuanto más trascendentes o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será evaluar correctamente la madurez y más rigurosa deberá ser la apreciación de sus presupuestos.

7.2.- Determinación del grado de madurez del menor.

Una vez analizado los criterios para establecer cuando un menor es maduro para consentir de forma autónoma una actuación médica, parece razonable determinar a quién corresponde valorar estos extremos.

Antes de la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia* y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*, la legislación no disponía ni la persona, ni el procedimiento para resolver si un menor de edad, tenía la capacidad natural suficiente para decidir una actuación médica concreta. Se entendía, que la persona apropiada dentro del ámbito sanitario para determinar estos extremos, era el profesional que atendía al menor, considerando, que cuando intervenían varios médicos dentro de un mismo procedimiento, la valoración correspondía al facultativo responsable del acto médico⁵¹. Para el caso de que al facultativo, se le presentaran dudas a la hora de determinar, si el niño tenía suficiente capacidad o no, era conveniente, que la valoración final la decidiese el Juez, con el apoyo del criterio objetivo del profesional de la salud y del Ministerio Fiscal⁵².

En la actualidad, estas cuestiones han quedado solventadas tras las reformas introducidas en la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, tras la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia* y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*. Así, el artículo 9.4 de la LAP establece que “*Cuando se trate de menores*

⁵¹ GARCÍA, María del Carmen., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Aranzadi, Navarra, 2004, p.125

⁵² DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Familia Y derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p.185.

emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”, disponiendo el artículo 9.6 que “En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

Por otro lado, el artículo 9.2 establece que *“los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicaran a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de las personas. b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.*

En este sentido, los límites del consentimiento informado del paciente son dos, la protección de la salud de la colectividad y la protección de la salud personal del individuo. Respecto de la salud personal del paciente, deben concurrir dos exigencias, la primera, que exista la necesidad de inmediatez en la actuación del facultativo y, la segunda, atendería a la gravedad de su estado de salud. En las dos situaciones, se trata de proteger la integridad personal de la persona, como consecuencia de haber concurrido determinadas situaciones de riesgo inmediato y grave.

En definitiva, el legislador establece que sea el facultativo, la persona que debe evaluar y determinar la capacidad del menor. Esto es así, por considerar que el médico, es la persona más apropiada en esta materia, para poder valorar la capacidad natural del menor, ya que posee los conocimientos científicos sobre el acto y sobre el proceso, así como, la experiencia y la técnica. Dicho esto, el profesional es quien ostenta la posición idónea para valorar si el menor tiene la suficiente capacidad para adoptar de forma autónoma, decisiones sobre la salud. Sin embargo, en caso de duda, la valoración final, corresponde a la autoridad judicial. En este sentido, existe la dificultad de justificar, que un profesional de la salud deba asumir dicha responsabilidad, pues no se trata de una competencia médica en sí.

7.2.1.- Evaluación de la capacidad del menor.

En el ejercicio diario de la medicina, el facultativo junto a la valoración clínica del paciente, debe valorar también su capacidad, analizando aquellos indicios que muestren algún dato que le pueda hacer dudar sobre ella. Respecto del menor de edad, esta valoración resulta especialmente sensible y compleja, debido a la dificultad intrínseca de su valoración, así como, su confuso y disperso marco legal.

Para evaluar la capacidad del menor, se valoran tres aspectos fundamentales: el grado de madurez, el acto médico concreto y el riesgo de la decisión, debiendo tener en cuenta, los factores contextuales y situacionales.

El origen de los instrumentos empleados para valorar la capacidad de una persona, son el resultado de la búsqueda de unos criterios de evaluación de la capacidad, desde la perspectiva de distintas áreas de conocimiento, utilizados en la década de los ochenta en Estados Unidos. Entre ellos, es obligado mencionar desde el área de la filosofía, el estudio desarrollado por Roth, Meisel y Lidz⁵³. Y desde el área de la psiquiatría, el estudio desarrollado por Appelbaum y Roth⁵⁴.

Los comienzos de la evaluación de capacidad, se deben en parte a los esfuerzos realizados en la materia por Roth, Meisel y Lidz. Estos tres autores, tras revisar la jurisprudencia norteamericana pronunciada hasta 1977, extraen los criterios que estaban siendo empleados por los tribunales, para evaluar la competencia de los pacientes en la toma de decisión. De ahí concluyen que a efectos prácticos, la persona debe ser considerada competente cuando posea las siguientes cualidades: Poder expresar una elección; tomar una decisión razonable en cuanto al resultado que produce la elección; tomar una decisión basada en motivos racionales; capacidad para comprender las alternativas, riesgos y consecuencias del tratamiento; Comprensión real y completa del proceso decisorio.

Más tarde, en 1982, Appelbaum y Roth, descartan uno de los criterios planteados por Roth, Meisel y Lidz, porque consideran que lo conveniente para evaluar la capacidad en el área de la investigación, es el empleo de cuatro criterios. Estos son: evidenciar su elección; comprender los hechos; interpretar de forma racional la información; Valorar la naturaleza de la situación.

Los cuatro criterios propuestos por Appelbaum y Roth, se corresponden con las capacidades funcionales de la persona y, desde entonces, son punto de referencia en los procedimientos de evaluación de la capacidad, aunque la doctrina ha planteado algunas objeciones. A título de ejemplo, autores como Freeman, han anotado que el criterio que sugiere la evaluación de la comprensión de los hechos, es ambiguo. En este sentido, es necesario concretar, la cantidad de información que la persona debe

⁵³ ROTH, Loren., MEISEL Alan y LIDZ Charles., "Test of competency to consent treatment", *American Journal Psychiatry*, núm. 134, 1977, pp. 279 y ss.

⁵⁴ APPELBAUM, Paul y Alan BATEMAN., "Competency to consent to voluntary Psychiatric hospitalization: A theoretical approach", *The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, núm. 7, 1979, pp. 390 y ss.

entender, para ser considerado competente⁵⁵. Sin embargo, para Appelbaum y Roth, este criterio es importante en la evaluación de la capacidad y su exigencia debe aumentar proporcionalmente con respecto a la complejidad del acto⁵⁶.

A partir de la década de los noventa, las propuestas de los autores comienzan a materializarse en instrumentos de evaluación de la capacidad, las cuales, ayudan a determinar si una persona ostenta las cualidades necesarias, para tomar una decisión autónoma, sobre un determinado acto sanitario.

Ahora bien, de todos los procedimientos de evaluación que se han elaborado, el más usado en el ámbito internacional, es la entrevista diseñada por Appelbaum y Grisso. La entrevista, ha sido denominada como MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment (MacCat-T), consiste en valorar al paciente, a través de un cuestionario estructurado, que ayuda a evaluar cuatro habilidades en la toma de decisión: apreciación, razonamiento, comprensión y expresión. A través de esta herramienta, el profesional de la salud debe transmitir la información al paciente y, con base a esa información, el paciente debe responder a una batería de cuestiones que sirven para evaluar el nivel de comprensión de la información. A partir de ahí, se le interroga sobre la apreciación de la información que ha sido recibida y se promueve una reflexión razonada sobre la decisión que finalmente adoptará. La entrevista MacCat-T, aunque es aplicable a la valoración de la madurez moral del niño, se trata sin embargo, de un cuestionario enfocado a evaluar la competencia del mayor de edad.

En lo que respecta al menor de edad, se han diseñado otros modelos de medición respecto del desarrollo moral, para la toma de decisiones dentro de la asistencia médica, como el denominado Defining Issues Test o Cuestionario de Problemas Morales⁵⁷. En España, el instrumento utilizado comúnmente para valorar la madurez de un menor de edad, es la denominada escala de competencia de Lleida⁵⁸, donde se plantean al menor situaciones hipotéticas que dan lugar a un dilema moral, donde las respuestas del menor se clasifican según el modelo de Kohlberg en dos grupos: respuestas preconventionales (bueno es lo bueno para mí) y respuestas convencionales (bueno es lo que ayuda a mantener el orden social), no siendo habitual la postconvencionalidad (bueno es lo bueno para todos) en los adolescentes.

No obstante, todos los instrumentos o entrevistas diseñadas hasta el momento para valorar la capacidad de decisión del menor, a pesar de ser útiles, no determinan la capacidad de la persona con absoluta precisión, es decir, presentan ciertas limitaciones⁵⁹. Por ello, no deben ser empleados como único medio de evaluación de

⁵⁵ FREEDMAN, Benjamin., "Competence, marginal and otherwise: concepts and ethics", *International Journal of Law and Psychiatry*, núm. 4, 1981, p. 63

⁵⁶ APPELBAUM, Paul y Loren ROTH., "Clinical issues in the assessment of competency", *American Journal of Psychiatry*, 1981, pp.1462 y ss.

⁵⁷ APPELBAUM, Paul y Loren ROTH., "El razonamiento moral y su medición a través del Defining Issue Test de Rest". *Revista de Psicología de la Educación*, 1989, p. 10 y ss.

⁵⁸ ESPEJO, Mariola., Eva MIQUEL., Montse ESQUERDA y Josep PIFARRÉ., "Valoración de la competencia del menor en relación con la toma de decisiones sanitarias: escala de competencia de Lleida", *Medicina Clínica*, 2011, pp. 26 y ss.

⁵⁹ JONSEN, Albert., *Ética Clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*, Ariel, Barcelona, 2005, p. 105

la capacidad y, junto a este criterio subjetivo, es necesario valorar otros factores de igual relevancia, como la gravedad del acto médico o los factores situacionales.

La importancia de estos instrumentos es doble porque de un lado, ayudan a los profesionales a determinar quién tiene madurez para consentir de forma autónoma y quién a través de representantes legales y, de otro, sirven de orientación a los Comités de Ética en caso de consulta del facultativo.

Debemos tener en cuenta, que a la hora de llevar a cabo la evaluación de la capacidad moral del menor, se deben evitar dos tipos de errores. El primero, que el menor de edad que ostenta suficiente madurez para la toma de decisiones, no se le permita decidir y emitir su consentimiento, respecto del acto médico sanitario, por considerar que su capacidad es insuficiente, tras evaluar al menor de forma incorrecta, desprotegiendo los derechos del menor. El segundo lugar, que la persona menor de edad que no tiene madurez para decidir, se le reconozca por error la posibilidad de tomar una decisión autónoma, en esta situación, se trata de proteger al menor sin capacidad moral de las posibles consecuencias nocivas de su decisión. En otras palabras, el profesional de la salud, a la hora de evaluar la capacidad, a través de los test de madurez, debe ser diligente para evitar dos errores: los falsos positivos y los falsos negativos.

Por otro lado, existe un factor importante que influye directamente en la evaluación de la madurez del niño, pues madurez exigida a la persona, va a variar según el acto que se vaya a realizar, es decir, cuando el menor de edad vaya a tomar una decisión clínica, no sólo es importante el baremo cronológico y la madurez del paciente, sino que además, hay que observar la gravedad de la intervención o tratamiento. Respecto de esta valoración, se deberá atender a la denominada escala móvil de capacidad, diseñada por Drane⁶⁰, quien propone un nuevo enfoque respecto a la toma de decisiones clínicas, estableciendo que la capacidad exigida a la persona a la hora de consentir o rechazar un tratamiento depende de la peligrosidad del tratamiento. La escala móvil, está diseñada en función de tres estándares de evaluación. El primer nivel, se aplica a los tratamientos considerados inofensivos, en los cuales, la capacidad requerida para decidir es baja. El segundo nivel, se aplica según la situación en la que se encuentre el paciente, por ejemplo, ante un diagnóstico dudoso o un diagnóstico cierto pero que requiere de un tratamiento peligroso, se exige al paciente una capacidad más elevada que en el anterior nivel. Por último, el tercer nivel, se aplica a los tratamientos con un alto grado de peligrosidad o ante situaciones críticas, donde la capacidad exigida es superior al segundo nivel.

En este sentido, el Tribunal Constitucional dispone en la sentencia 154/2002, de 18 de julio de 2002, que *“el ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad”*, respecto de la voluntad de un menor a rechazar un tratamiento vital, afirma que. Sin embargo, *“esto, no es suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto...que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y en consecuencia, irreparable”*. Por ello, cuando se evalúa la

⁶⁰ DRANE, James., “Competency to give an informed consent. A model for making clinical assessments”, *Journal of the American Medical Association*, 1984, pp. 925-926

madurez es conveniente tener en cuenta las circunstancias y las consecuencias que reviste el acto clínico. El criterio establecido por el Tribunal Constitucional es el de atender a la irreversibilidad del acto y de ello se desprende, que la capacidad exigida al menor de edad va aumentar a medida que el riesgo de la decisión sobre el determinado acto es más elevado, es decir, la gravedad e irreversibilidad del acto médico, implica la exigencia de un mayor grado de madurez.

9.- CONSENTIMIENTO INFORMADO PRESTADO POR LOS REPRESENTANTES LEGALES DEL MENOR DE EDAD.

Dentro de la minoría de edad, existen varios supuestos en los que la prestación del consentimiento informado se ejerce a través de representación legal. Los cuales están justificados en base a tres criterios, que pueden presentarse de forma combinada o individualizada, dependiendo del caso concreto. Estos son, la edad, la capacidad natural o grado de madurez y el tipo de acto a realizar.

Respecto de la emisión del consentimiento informado por representación, podemos señalar tres supuestos en los que la toma de la decisión, relativa a la salud del menor, corresponde a los representantes legales del niño, como consecuencia de las circunstancias concretas de cada caso. El primero, se refiere al niño menor de dieciséis años, que carece de capacidad natural suficiente para decidir de forma autónoma, un determinado tratamiento o intervención. El segundo, relativo al menor emancipado o a la persona mayor de dieciséis, que no es considerado maduro en relación al acto, o bien, cuando el acto médico es considerado de grave riesgo para la vida o la salud del niño. En tercer y último lugar, respecto del menor de edad con suficiente madurez, pero que se encuentra imposibilitado de hecho, para aceptar o rechazar el acto sanitario.

9.1.- Criterios básicos de actuación.

El consentimiento informado prestado en representación del niño, respecto de un determinado tratamiento o intervención médica, debe emitirse valorando y respetando determinados criterios, considerando que estos parámetros no sustituyen la voluntad del menor de edad, sino que la representa. En todo momento, se debe respetar la función de velar por su interés, siempre a favor del niño. En este sentido, deberemos distinguir, si la actuación tiene una finalidad terapéutica o no terapéutica, puesto que las intervenciones innecesarias, deben ser consideradas como un límite en el ejercicio de la representación legal⁶¹.

El documento jurídico internacional que proclama con mayor precisión el respeto del interés del menor es la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de

⁶¹ GARCÍA, María del Carmen., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 137

noviembre de 1989, estableciendo en su artículo 3.1 que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

En el ámbito nacional, el artículo 39.3 de la Constitución Española, establece que el deber de asistencia de los hijos menores de edad recae sobre los padres. En consonancia con la norma suprema, el artículo 154 del Código Civil, dispone que la patria potestad debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos, lo cual comprende, el deber de velar por ellos. Y siguiendo esta línea, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir en el supuesto concreto de que se trate.

Precisando dentro del contexto sanitario, el artículo 9.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, proclama que *“En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, (...) la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o la salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o estado de necesidad”*. Debiendo interpretar el antedicho artículo, en consonancia con el artículo 9.5 del mismo cuerpo legal, el cual dispone que *“La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”*.

Respecto al derecho del menor a ser escuchado, el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño, reconoce que el niño que sea apto para formarse un juicio propio, tiene el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten, debiendo tener debidamente en cuenta las opiniones de este, en función de su edad y madurez. En todo caso, deberá ser escuchado ante todo procedimiento judicial y administrativo que le afecte.

En este sentido, el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dispone que *“el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”*. Y en lo que respecta al contexto de la relación clínico asistencial, el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, dice que *“cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este*

caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor”.

La información transmitida al menor ha de ser clara, accesible y ajustada en función de la edad y la madurez de este, para que pueda valorar y formarse una visión propia sobre sus circunstancias y así establecer su punto de vista sobre el acto médico. La intervención del niño presenta distintos niveles de participación, debiéndose ponderar su edad y madurez en consonancia con el caso concreto, para poder determinar el grado de participación del este dentro de la actuación sanitaria, tratando de encontrar un equilibrio entre el interés superior del menor y su voluntad, lo que puede resultar en ocasiones complicado, dado que existe la posibilidad de que se trate de dos compromisos de difícil conciliación. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, considera que los Estados que forman parte de la Convención, no deben imponer ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja establecer un límite de edad que restrinja el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que le afectan⁶².

Como hemos dicho, en la práctica, la opinión del menor y su mejor interés puede que no coincidan. Por ello, la consideración de las opiniones del menor debe ser proporcional a su madurez y edad, sin olvidar que las opiniones de los niños no son preponderantes. Visto esto, la cuestión más problemática se encuentra en la interpretación adecuada del interés superior del niño en cada supuesto, en relación con el valor que tiene su opinión.

Para poder esclarecer el contenido del interés superior de menor dentro del acto médico, debemos atender a tres cuestiones fundamentales. La primera, debemos de tener en cuenta los deseos del menor, por ello, quien ejerce la patria potestad debe respetar los deseos y opiniones del menor, intentando reflejar su personalidad. Ahora bien, ello no quiere decir que los padres deban subordinar su actuación a los deseos del menor de edad, dado que en ocasiones, la voluntad del menor a pesar de estar argumentada y razonada, puede ser una voluntad caprichosa y contraria a los derechos de la personalidad del niño. En este caso, la voluntad del niño deberá entenderse como criterio orientador. La segunda, tomaremos en consideración la influencia de los valores y las normas sociales en la educación del niño, donde los padres tienen una función social, basada en inculcar a los hijos valores constitucionales como la libertad, la dignidad y los derechos inherentes a las mismas, transmitiendo al menor de edad la existencia paralela de deberes y responsabilidades. Este criterio, además de promover la protección, pretende mejorar las habilidades de los niños en la toma de decisiones futuras de una forma activa. Y finalmente, deberemos atender a la posibilidad de participación y audiencia del menor, que deberá llevarse a cabo de forma progresiva, de tal manera que, cuanto mayor grado de madurez presente el niño, menor grado de intervención presentará quien ejerce la patria potestad, siendo la intervención paterna inversamente proporcional a la madurez

⁶² Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado., CRC/C/GC/12., 20 de julio de 2009. P.24

de los hijos, con el objeto de conseguir el desarrollo y formación de una persona adulta, responsable y autosuficiente⁶³.

En lo que respecta al valor que debe otorgarse a la opinión del niño, depende en gran medida, de la actitud adoptada por los sujetos que intervienen en los procesos de decisión, por lo que es muy importante adoptar decisiones conjuntas, en las que el menor de edad sea partícipe en el proceso de deliberación, a pesar de que no presente una madurez suficiente para adoptar una decisión autónoma. En este sentido, el Comité de los Derechos del niño ha señalado la importancia de crear un entorno basado en la confianza, puesto su la voluntad y el desarrollo del menor, se encuentran condicionados e influenciados por el entorno que les rodea⁶⁴.

Debemos recordar, que a la hora de tomar una decisión sanitaria, no sólo interviene quien ejerce la representación legal del menor de edad, sino que además intervienen los facultativos. Tanto los representantes legales como los profesionales de la salud influyen en el proceso de toma de decisiones del menor y, por lo tanto, sus actuaciones tienen mucho peso sobre la futura valoración del niño a la hora de emitir su voluntad respecto del acto médico. En este sentido, las pautas indicadas con anterioridad se deben respetar y llevar a cabo por ambos actores, existiendo la responsabilidad del facultativo de informar al niño sobre su situación, escuchar su opinión y tenerla en cuenta dentro del proceso, todo ello velando siempre por el interés del menor.

Sentado lo cual, se puede afirmar que en el proceso de toma de decisiones, cuando una determinada actuación beneficie de forma objetiva el estado de salud del menor, esta debe ser aceptada. En caso contrario, cuando la actuación conlleve más riesgos que beneficios para el niño, con base en lo apuntado anteriormente, debe ser rechazada como medida de protección y garantía de los derechos del menor. Todo ello, valorando que en los supuestos en los que se manifiesten discrepancias entre los representantes legales del menor de edad y los profesionales de la salud, e incluso, entre los representante legales, lo conveniente es acudir, en todo caso, a la autoridad judicial para que valore las circunstancias del supuesto concreto.

9.2.- Colisión de interés paterno-filiares respecto del acto médico.

La cuestión que se plantea en este punto, es la determinación de lo que se entiende por conflicto de intereses en el ejercicio de la patria potestad y el ámbito en el que se puede presentar este conflicto.

Para poder delimitar la representación legal respecto de los actos en los que se presente un conflicto de intereses entre padres e hijos, es conveniente acudir a las

⁶³ DE LAMA, Alejandra., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 97 y ss.

⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño., CRC/GC/2003/4, Julio 2003.

aportaciones realizadas por la doctrina y la jurisprudencia, con el objeto de precisar las situaciones en las que se presenta el conflicto de intereses, de este modo, se podrán determinar los límites de la actuación de quien ejerce la patria potestad, al entrar en colisión sus intereses con los intereses del menor.

Teniendo en cuenta que la jurisprudencia no aporta una definición clara al respecto, podemos atender a lo establecido dentro de las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, donde se desprenden ciertas precisiones a nivel conceptual, de carácter orientativo a la hora de aproximarnos al concepto de conflicto u oposición de intereses. Siguiendo esta aproximación conceptual, ha de excluirse del supuesto de conflicto de intereses, aquellos en los que se defiendan intereses concurrentes, ya que los mismos podrán ser coincidentes, paralelos o comunes e incluso distintos, siempre y cuando sean compatibles⁶⁵. Únicamente cuando se trate de intereses evidentemente enfrentados, se entiende la exclusión, debiendo designar un defensor judicial cuando los perjuicios de esa oposición de intereses afecten al menor, debiendo defender los intereses actuales y reales, y no los futuros e hipotéticos⁶⁶.

El conflicto de intereses, se presenta cuando el representante del menor no cumple con su deber de respetar, proteger y favorecer los intereses del niño, sino que muy al contrario, acaba defendiendo otros intereses, bien sean los propios del representante o los de un tercero. En coherencia con ello, la normativa tipifica las facultades y deberes de los progenitores⁶⁷ y, asimismo, confiere un deber de obediencia al niño⁶⁸.

En este sentido, respecto de la situación de conflicto respecto del ámbito personal del menor, pueden presentarse dos situaciones. La primera, se refiere al caso en que el conflicto afecta únicamente al niño, sin entrar en conflicto otros derechos u otras personas, en este caso, para la toma de decisión se deben valorar las alternativas existentes y elegir la opción más beneficiosa para el menor. En este supuesto, el conflicto se origina al tratar de imponer al niño una conducta determinada, que el menor rechaza, por ir en contra de sus consideraciones o principios personales, por lo que, más que un auténtico conflicto de intereses, se trata de un desacuerdo en la toma de decisiones, respecto de lo que consideran los representantes y el niño. En la segunda situación, aparecen en conflicto varios derechos del menor, en este supuesto, habrá que valorar cada uno de los derechos enfrentados, debiendo decidir cuál de ellos prima respecto a los otros, siempre tomando como principio rector el interés superior del menor. En esta situación, un derecho cede frente al otro, en todo caso, en lo relativo a todas las decisiones que incumban al menor de edad, el menor debe ser escuchado y la decisión siempre ha de tomarse atendiendo al interés superior de éste. De lo mencionado, se desprende, que el conflicto de intereses supone un límite en la actuación representativa de quien ejerce la patria potestad.

Respecto a esta cuestión, el Tribunal Constitucional establece que *“Sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de*

⁶⁵ Resolución de 14 de mayo de 2010, de la Dirección General de Registros y del Notariado.

⁶⁶ Resolución de 27 de enero de 1987, de la Dirección General de Registros y del Notariado.

⁶⁷ Ver artículo 154 del Código Civil.

⁶⁸ Ver artículo 155 Código Civil.

*velar porque el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño*⁶⁹. También, hace una distinción entre los derechos de los padres y los derechos de los menores, en este sentido afirma *"libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el "interés superior de los menores de edad"*⁷⁰. Por lo que, con carácter general, está reconocido que el interés del menor debe tener una consideración prioritaria. No obstante, no debe considerarse como exclusivo ni excluyente, sino que será necesario armonizarlo con las circunstancias familiares que le rodeen.

Siguiendo esta línea, se trata de compatibilizar dos exigencias en cierto modo contrapuestas, pero que responden a una misma finalidad, la protección del interés superior del menor. De un lado, el respeto y potenciamiento de la autonomía personal del menor y, de otro lado, la necesidad de proteger, controlar y defender las carencias inherentes a la propia personalidad del menor. A tales efectos, lo que la exclusión ofrece es por un lado, una ampliación del reconocimiento de la autonomía del menor de edad, para actuar en las situaciones en las que se le reconozca la capacidad natural adecuada, es decir, que presente la madurez suficiente para hacer frente a las circunstancias de cada situación concreta, de la misma manera que se favorece su libre desarrollo de la personalidad. Por otro lado, se está garantizando al mismo tiempo una protección al menor en caso de surgir un dilema o conflicto.

Cuando se desquebraja la relación triangular entre el menor de edad, los representantes legales y el equipo médico, respecto de las alternativas posibles del acto médico que se pretende llevar a cabo sobre la salud del menor, la intervención judicial aparece como última alternativa para la protección de los intereses del menor.

En caso de conflicto entre la voluntad del menor con suficiente capacidad de juicio y discernimiento y la de sus padres o representantes legales, debe prevalecer la voluntad del menor, por cuanto estamos ante un acto que afecta a bienes como la libertad, la salud y la vida del paciente, siempre y cuando, los factores de riesgo o daño para los intereses del menor, estén ausentes o no sean graves.

Cuando se le presentan dudas sobre sus condiciones de madurez o se le planteen decisiones contrarias a los intereses del menor, el médico responsable deberá poner el asunto en conocimiento de la autoridad judicial en cumplimiento de su deber de protección⁷¹, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que por razones de urgencia, no fuera posible recabar la antedicha autorización, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente menor de edad, amparados por las causas de justificación del cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

⁶⁹ STC nº 134/1999, de 15 de julio.

⁷⁰ STC nº 141/2000, de 29 de mayo.

⁷¹ Ver artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

11.- SITUACIONES DE GRAVE RIESGO PARA LA VIDA O SALUD DEL PACIENTE MENOR DE EDAD.

En este punto, hablaremos del conflicto de intereses que pueden surgir cuando el facultativo aprecie la necesidad de una concreta intervención, cuya omisión pueda generar grave riesgo para el paciente menor de edad y éste, sus representantes o uno y otros, niegan el consentimiento. En este escenario, los bienes en conflicto son, por un lado, la vida y salud del paciente menor de edad y, por otro, su autonomía y libertad de decisión, ejercida directamente por el menor de edad o por sus representantes legales.

Valorando la gravedad de los riesgos y la importancia de los bienes jurídicos protegidos, el conflicto ha de solucionarse atendiendo y priorizando el interés superior del paciente menor de edad, respecto de su propia voluntad o, en su caso, la de sus representantes legales. En este sentido, el interés superior del menor, debe operar como principio rector en la aplicación de la ley y toma de decisiones, primando sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir⁷².

La determinación o concreción práctica del concepto jurídico de interés superior del menor, es de compleja valoración e interpretación, pero la Sala Primera del Tribunal Supremo⁷³, aporta una serie de criterios para orientar la determinación del interés del menor en el caso concreto, disponiendo que se debe *“Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas”*. Por otro lado, establece que *“Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento”*, afirmando que, *“Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse”* y, en cuarto lugar, indica que *“Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión “en interés del menor” puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio)”*.

En este sentido, el Tribunal Supremo deja clara la prioridad de satisfacer las necesidades básicas o vitales del menor, entre las que cita expresamente su salud, por lo que las necesidades de atender a los deseos, sentimientos y opiniones del paciente menor de edad, se subordinan a las necesidades básicas o vitales del mismo. Es evidente que si la salud es una de tales necesidades básicas, lo será prioritariamente la vida como presupuesto *sine qua non* de todas las demás.

Siguiendo estas líneas, identificar el interés superior, con la protección de la vida y salud del paciente menor de edad, tomando en consideración las consecuencias futuras derivadas de la decisión adoptada, unida al carácter irreversible de los efectos de ciertas intervenciones médicas o de su omisión, en casos de grave

⁷² Ver artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

⁷³ STS nº 565/2009, de 31 de julio.

riesgo, llevan a cuestionarse la voluntad de los representantes legales del menor no maduro, cuando su voluntad suponga un grave riesgo.

Igualmente, con el objeto de salvaguardar el interés superior del menor, se impondrán restricciones respecto de los menores emancipados, los mayores de 16 años y menores maduros, en relación con su voluntad, atendiendo al acto médico concreto, que entrañe un grave riesgo para la vida o salud del paciente menor de edad. En este caso, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la consideración del mismo, siempre y cuando la voluntad de los representantes legales, respete los intereses del menor⁷⁴.

Ante una situación de grave riesgo para la salud o la vida del menor, se debe buscar el equilibrio intentando respetar en la medida de lo posible la autonomía del paciente menor de edad, la voluntad de los representantes legales y la protección de la vida y salud del paciente menor de edad. Teniendo en cuenta que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, no puede deberse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales, cuyos resultados sean la muerte u otras decisiones que supongan un riesgo grave o irreversible para la salud del niño, sólo así se podrán respetar las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto.

Cuando se presenten situaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor, se debe partir de la irrelevancia de la voluntad de los menores de edad o de los representantes legales de este, cuando la voluntad de estos sea contrario a la indicación médica y suponga un riesgo vital grave para la vida o la salud del paciente menor de edad, debiéndose poner el conflicto en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopten la solución correspondiente⁷⁵. En este sentido, el artículo 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y dignidad del ser humano con respeto a las aplicaciones de la biología y la medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, establece que *“solo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo”*.

Según la mayor o menor urgencia requerida, respecto de la intervención médica, el facultativo actuará de la siguiente manera. Ante situaciones de extraordinaria urgencia para la vida o salud del menor, el médico podrá actuar sin necesidad de consentimiento, amparado legalmente por las causas de cumplimiento de un deber y el estado de necesidad terapéutico del paciente⁷⁶. Si la situación es relativamente urgente y la solución puede diferirse durante un corto espacio de tiempo, el conflicto se comunicará directamente al Juzgado de Instrucción que se encuentre de guardia. Respecto de intervenciones no urgentes, las decisiones contrarias a los intereses del menor, se pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal, donde el Fiscal promoverá la incoación del oportuno expediente ante el órgano jurisdiccional que

⁷⁴ Ver artículo 9.4 párrafo segundo de la Ley 41/2002.

⁷⁵ Ver artículo 158 del Código civil.

⁷⁶ Ver artículo 9.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

corresponda (Juzgado de Instrucción, Juzgado de Primera Instancia o Mixto), con el objeto de obtener la necesaria autorización judicial⁷⁷.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, no aclara de forma específica quién debe resolver los conflictos que dentro de la actividad médica se presentan, cuando en casos de grave riesgo, el médico entiende que es imprescindible llevar a cabo una intervención médica urgente y el menor, sus representantes o ambos, se niegan a prestar el consentimiento.

En este sentido, con carácter general, la intervención judicial respecto de los casos de conflicto de intereses se ampara en lo establecido en el artículo 158.4 del Código Civil, el cual dispone que *“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...) En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”*. Tampoco existe una norma específica que regule el procedimiento a seguir en los casos en los que el médico, como garante de la salud e integridad del paciente menor de edad, ponga los hechos en conocimiento de la autoridad judicial, pues los médicos no están legitimados para promover el procedimiento. Por ello, el médico deberá de plantear el conflicto a la autoridad competente, donde el Juez, si es el destinatario directo de la información procederá de oficio para salvaguardar los intereses del menor, o bien, a instancia del fiscal⁷⁸, si es este quien recibe la información.

12.- CONCLUSIONES.

Tras analizar el complicado escenario de la relación médico asistencial de los pacientes menores de edad, entiendo que gran parte de los problemas se derivan de la falta de comprensión o comunicación.

Dentro de la toma de decisiones, los representantes legales como los profesionales de la salud influyen directamente en el proceso de toma de decisiones del menor y, por lo tanto, sus actuaciones tienen mucho peso sobre la futura valoración del niño a la hora de emitir su voluntad respecto del acto médico.

Una vez se ha informado al paciente, el facultativo debe asegurarse de que este ha asimilado y comprendido toda la información, pues una cosa es lo que se quiere decir y otra muy distinta es lo que se dice, lo que se escucha, lo que se comprende, lo que se retiene y lo que se reproduce. De este modo, el facultativo debe cerciorarse de que el paciente ha comprendido todo aquello que se le ha querido transmitir, para que en caso contrario, vuelva a reproducir la información, modificando o facilitando aquellos extremos que el paciente no ha comprendido o ha perdido por el camino.

⁷⁷ Ver artículo 124 de la Constitución española y artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁷⁸ Ver artículo 124 de la Constitución española y el artículo 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por el que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

El menor de edad. Un paciente complejo.

Analizado lo anterior, considerar inmadura o equivocada una decisión distinta a la que la generalidad adoptaría o distinta al sistema de valores considerado como adecuado por los profesionales de la medicina, es un error que debemos intentar superar. Una vez se ha determinado que el menor tiene suficiente capacidad, no se debería poder negar posteriormente la eficacia de su decisión. Por consiguiente, si el menor adopta una decisión de forma consciente y voluntaria, que pueda ocasionarle consecuencias negativas, a juicio de terceros, debería pese a ello, respetarse su opinión, ya que de lo contrario, haríamos depender la capacidad del menor, no de sus facultades intelectivas y su madurez, sino de la valoración que merezca a otras personas la postura adoptada por éste.

13.- BIBLIOGRAFIA.

13.1.- Legislación.

- La Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
- Código Civil.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Real Decreto 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos con medicamentos.
- Real Decreto 223/2004, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos con medicamentos.
- Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.
- Comité de Derechos del Niño, en su Observación General nº 12, (3) CRC/C/CG/12, 20 de julio de 2009.
- Código de Ética y Deontología Médica de 1999.
- Código de Ética y Deontología Médica de 2011.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.
- Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

- RD 2070/1999 por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.
- RD 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.
- Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado., CRC/C/GC/12., 20 de julio de 2009. P.24
- Resolución de 14 de mayo de 2010, de la Dirección General de Registros y del Notariado.
- Resolución de 27 de enero de 1987, de la Dirección General de Registros y del Notariado
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por el que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

13.2.- Jurisprudencia.

- STC nº 37/2011, de 28 de marzo.
- STS nº 120/1990, de 27 de junio.
- STC, nº 154/2002, de 18 de julio.
- STS, nº 1991/7447, de 11 de octubre.
- STC, nº 134/1999, de 15 de julio.
- STC, nº 141/2000, de 29 de mayo.
- STS, nº 565/2009, de 31 de julio.
- STC, nº 207/1996, de 16 de diciembre.
- STC, nº 119/20001, de 24 de mayo.
- STC, nº 35/1996, de 11 de marzo.

13.3.- Libros y Revistas.

- VALLES Jules, en su obra "*El niño*" (1879).
- WIGGIN Kate en "*Children´s Rights*" (1892).

- ALÁEZ, Benito., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi.
- HUETE, Luis María., *La edad en la legislación*, Dykinson.
- LÁZARO, Isabel., *Los menores en el Derecho español*, Tecnos.
- REVETLLAT, Isaac., "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término" *Educatio Siglo XXI*.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Familia y Derecho*, Civitas.
- SÁNCHEZ, Carmen., "Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad", Civitas.
- KOHLBERG, Lawrence., *Psicología del desarrollo moral.*, Desclée de Brouwer.
- MARTÍNEZ, Carmen., "Aspectos éticos en la adolescencia: del menor maduro al adulto autónomo", *Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia*.
- LORDA, Pablo Simón y Luis CONCHEIRO., "El consentimiento informado: Teoría y Práctica (I)", *Medicina Clínica*.
- GARCÍA, María del Carmen., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Aranzadi.
- ROTH, Loren., Alan MEISEL y Charles LIDZ., "Test of competency to consent treatment", *American Journal Psychiatry*.
- APPELBAUM, Paul y Alan BATEMAN., "Competency to consent to voluntary Psychiatric hospitalization: A theoretical approach", *The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*.
- FREEDMAN, Benjamin., "Competence, marginal and otherwise: concepts and ethics", *International Journal of Law and Psychiatry*.
- APPELBAUM, Paul y Loren ROTH., "Clinical issues in the assessment of competency", *American Journal Psychiatry*.
- APPELBAUM, Paul y Loren ROTH., "El razonamiento moral y su medición a través del Defining Issue Test de Rest". *Revista de Psicología de la Educación*.
- ESPEJO, Mariola, MIQUEL, Eva, ESQUERDA, Montse y PIFARRÉ Josep, "Valoración de la competencia del menor en relación con la toma de decisiones sanitarias: escala de competencia de Lleida".
- JONSEN, Albert., *Ética Clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*.

- DRANE, James., "Competency to give an informed consent. A model for making clinical assessments", *Journal of the American Medical Association*.
- GARCÍA, María del Carmen., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Aranzadi.
- DE LAMA, Alejandra., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch.