

# MENORES Y TRATAMIENTOS MÉDICOS

*Consuelo Madrigal Martínez-Pereda*  
*Fiscal General del Estado*

**SUMARIO: 1. Introducción. 2. El menor en el ámbito sanitario: criterios generales.** A. El menor no maduro en el ámbito sanitario. B. El menor de menos de dieciséis años pero capacitado para comprender el alcance de la intervención. C. El menor mayor de 16 años en el ámbito sanitario. **3. Recapitulación: cuadro general. 4. Conflictos. 5. Información médica a proporcionar al menor. 6. El derecho a la confidencialidad del paciente menor.**

## 1. INTRODUCCIÓN

La concepción jurídica tradicional sobre la minoría de edad, construida sobre la ausencia de capacidad de obrar, establecía una rígida separación entre la minoría y la mayoría de edad.

Esta concepción del menor de edad como incapaz ha sido ampliamente superada. Aun aceptando las limitaciones de la capacidad de obrar de los niños, en función de sus necesidades de protección, existen numerosos ámbitos en los que se reconoce la habilidad de los niños y más aún del menor maduro para actuar por sí, sin necesidad de valerse de sus representantes.

Tanto las limitaciones a la capacidad de obrar del menor que se mantienen como las habilitaciones que se reconocen se fundan en el interés superior del niño, en el primer caso para su protección y en el segundo para la promoción de su autonomía.

Alguien dijo, recogiendo esta idea que *educar a un niño es esencialmente enseñarle a prescindir de nosotros.*

La idea ilustra la conexión de esta cuestión con el art. 26 CDN que garantiza al niño *el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, espiritual, moral y social* y con el art. 29 en el que se consagra, *el derecho al desarrollo de sus propias aptitudes y a prepararlo para una vida responsable.* En función del derecho al libre desarrollo de la personalidad, algunos derechos tienen una consideración instrumental: son derechos para el desarrollo, para garantizar los intereses actuales del niño y los del futuro adulto que será. En otras palabras, se trata de satisfacer los derechos y necesidades actuales del niño garantizando también las expectativas que razonablemente quepa concebir desde la realidad actual. Podría citarse la STS 26/2013, de 5 de febrero (Sala Primera):

“El componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro (profesional) constituye una

clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada (SSTS del 19 de abril de 1991, 31 de julio de 2009, 565/2009 y 13 de junio de 2011 397/2001). En este ámbito no cabe la representación.

Pero compatibilizar la consideración de los intereses futuros del niño con sus necesidades actuales no es tarea sencilla. El “derecho de progresiva autodeterminación” (STC 154/2002, de 18 de julio) consiste en su actuación directa y creciente en todo aquello que los niños puedan hacer por sí mismos con arreglo a su edad y capacidad de discernimiento. Lógicamente, cobran particular relieve el derecho del niño al acceso a la información y a la protección frente a información perjudicial (art. 17 CDN), el derecho a ser escuchado (art. 12), a la libre expresión de sus opiniones (art. 13), a la libertad de conciencia y de religión (art. 14), a la libertad de reunión y asociación (art. 15), a la educación (art. 28), al esparcimiento, el juego y a la participación en la vida cultural y artística (art. 31)...

El ejercicio de estos derechos favorece la configuración de la propia vida mediante el uso de la libertad y las opciones personales. Si se tiene en cuenta además que la patria potestad (como la tutela) se ejerce siempre en beneficio de los hijos y *de acuerdo con su personalidad* (art. 154.2 CC), se concluye que los niños deben participar progresivamente –en función de su edad y grado de discernimiento- en la determinación de su propio interés en todas las cuestiones que les atañen.

El pp general de mayor potencial exegético se ha enunciado en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*: “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* ha matizado este enunciado. En el Anteproyecto se alteraba sustancialmente esta cláusula sustituyéndola por la siguiente: “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre en interés superior del menor”. El Consejo Fiscal propuso una redacción alternativa que fue íntegramente asumida en el texto legal: “*las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y en todo caso siempre en interés superior del menor*”.

El precepto más general y clave es el art. 162 CC: “los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan (...) los actos relativos a 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”. La reforma de 2015 añade un inciso: “no obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”.

Esta va a ser una constante en las reformas de 2015: la autonomía de decisión del menor maduro será objeto de modulación, con el refuerzo simultáneo de la posición de los representantes legales.

Cuando el art.12 CDN consagra el derecho de todo niño a ser escuchado, impone una distinción: el derecho a la libre expresión de las propias opiniones es un derecho universal que afecta a todos los niños en tanto personas. Esto no quiere decir que la opinión del niño sea soberana, sino que no existe ningún sector reservado a la autoridad de los padres o de los adultos en el hogar, la escuela u otro ámbito donde se desarrolle la vida del niño, en el que no tenga cabida su opinión. Esto armoniza con el derecho que consagra el art. 13.1 CDN a “*buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo*”. La restricción en función de la capacidad de formarse un juicio propio afecta sólo a un segundo nivel, esto es, al derecho del niño a ser escuchado y a que su opinión pese en el proceso de decisión. En algunos ámbitos y dependiendo de las circunstancias, el niño puede estar en condiciones de formarse un juicio propio desde muy pequeño, aun cuando no pueda comunicarlo fácilmente.

La CDN reconoce las responsabilidades de los padres o representantes de impartir dirección y orientación apropiadas a los niños, pero subraya que el objeto de tales responsabilidades es permitir que los niños ejerzan sus derechos con autonomía creciente.

A falta de reglas fijas sobre la madurez, concluiremos que se trata de un concepto que ha de ser integrado valorando todas las circunstancias concurrentes, partiendo como hace la Instrucción FGE 2/2006, de 15 de marzo, *la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*, de que la “capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate”.

## 2. EL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO: CRITERIOS GENERALES

La generalización de la exigencia de que cualquier tratamiento o intervención médica cuente con una información previa y comprensible de su naturaleza, sus riesgos y sus beneficios y la atribución de la capacidad de decisión última sobre su realización al enfermo, constituye una manifestación del principio de autonomía. Su efectividad en este ámbito comporta 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 (STC nº 154/2002, de 18 de julio).

Por esa razón, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la integridad física y moral se compromete cuando se impone a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que ello se haga al amparo de una justificación constitucional (SSTC nº 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio, y 37/2001 de 28 de abril).

Para el TS El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”.

El Convenio suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, relativo a *los Derechos Humanos y a la Biomedicina* (ratificado por España en 1999 y en vigor desde el 1 de enero de 2000) proclama la regla general sobre el consentimiento informado en el art. 5, pero a continuación establece ciertas excepciones en razón de la protección de los menores de edad y de quienes carecen de capacidad para expresarlo.

El informe explicativo de este instrumento internacional subraya la exigencia de que la intervención del menor tenga mayor peso en función de su edad y capacidad de comprensión y destaca la necesidad de que existan procedimientos adecuados para *los casos en que las decisiones sean contrarias al interés del paciente*.

Además de este artículo, es de citar, por su amplia repercusión en el ámbito doctrinal, la sentencia dictada en 1985 por la Cámara de los Lores británica en el caso *Gillick vs. el departamento de salud de West Norfolk y Wisbech*<sup>1</sup>.

La Sra. Gillick invocó contra las autoridades sanitarias que establecieron la posibilidad de asesoramiento y tratamiento médico anticonceptivo a menores de edad, sin conocimiento ni autorización de sus padres. La Sra. *Sexual offenses Act* de 1956 y las responsabilidades y atribuciones inherentes a la patria potestad contra las autoridades sanitarias que avalaron la posibilidad de dispensar asesoramiento y tratamiento anticonceptivo a dos de sus 10 hijos, sin consentimiento paterno. El tesón de la Sra. Gillick llevó el asunto a la Cámara de los Lores donde se decidió por 3 votos contra dos la capacidad de las adolescentes menores de 16 años, para recibir, contra el criterio de los padres, dicho tratamiento, en función de su capacidad para comprender el alcance y finalidad del mismo. La sentencia centró sus razonamientos (a cargo de los Srs Scarman y Fraser) en la idea de “competencia” (madurez) del adolescente y en la naturaleza de los derechos, deberes y responsabilidades inherentes a la patria potestad y relativos al cuidado de los hijos, concluyendo que tales deberes están reconocidos en tanto en cuanto sean necesarios para la protección del hijo por lo que ceden ante el derecho de éste de realizar sus propias decisiones cuando alcanza, antes de la mayoría de edad, un entendimiento suficiente para ello.

Con todo, la licitud del asesoramiento y tratamiento anticonceptivos a menores de 16 años se hace depender de una serie de presupuestos, conocidos como *Directrices Fraser*, por deberse su exposición y exigencia al Lord, S. Fraser:

- 1.- El adolescente ha de ser capaz de entender el asesoramiento y el tratamiento
- 2.- No es lícito persuadir al adolescente para comunicar el hecho a sus padres.
- 3.- Debe concurrir la posibilidad de que el adolescente inicie o continúe las relaciones sexuales sin el tratamiento.
- 4.- Deben también concurrir de riesgos para la salud física o psíquica en caso de iniciarse

<sup>1</sup> (3 All ER 402 HL). Se trata de un precedente vinculante en Inglaterra y Gales y ha sido adoptado como tal en Canadá, Australia y Nueva Zelanda., teniendo una enorme repercusión como referencia doctrinal en el ámbito comparado.

o mantenerse las relaciones sexuales sin tratamiento anticonceptivo.

5.- El interés superior del menor demanda la posibilidad del adolescente de recibir asesoramiento y tratamiento médico anticonceptivos, sin o contra la opinión de los padres.

Aunque estas pautas (Fraser) se refirieron exclusivamente a los tratamientos anticonceptivos, su validez se ha generalizado a otro tipo de tratamientos e incluso, al aborto.

En el ámbito sanitario en general, la competencia funcional de los menores de edad ha tomado carta de naturaleza desde la difusión del caso *Gillick*, hasta el punto de que en la doctrina la madurez o competencia intelectual y emocional para comprender el alcance de una intervención, se ha desligado del concepto más amplio de capacidad y se designa frecuentemente como “Gillick competence”.

Sin embargo, en la formulación que hizo el Sr. Scarman de la decisión, la Cámara de los Lores británica contiene ciertos matices al afirmar que la autoridad de los padres para tomar decisiones por los hijos disminuye o desaparece con el grado de madurez del hijo, *salvo en situaciones que estén reguladas de otro modo en la ley*. Aunque no quedó entonces especificado, se ha considerado en decisiones subsiguientes la eventualidad de que, entre tales situaciones se encuentre la de imponer pese al rechazo del adolescente o sus padres, determinados tratamientos necesarios para la vida o salud y que tales situaciones deban ser reguladas de forma diferente.

El sanitario es uno de esos ámbitos en los que el Legislador introduce un precepto específico en el que se apuntan concretas edades para dotar de mayor o menor capacidad al menor a la hora de prestar el consentimiento informado.

Los términos originariamente confusos del art. 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* (en adelante, LAP) motivaron el dictado de la Circular 1/2012, de 3 de octubre, *sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*.

La reciente Ley 26/2015 contiene una disposición final segunda por la que se modifica la LAP,

asumiendo los criterios de la Fiscalía y clarificando algunas cuestiones.

### A.-El menor no maduro en el ámbito sanitario

Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención se otorgará el consentimiento por representación.

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 LOPJM.

A tales efectos habrá de entenderse que el paciente menor no está capacitado para tomar decisiones cuando “le falte la capacidad natural de juicio para comprender la naturaleza del acto sobre el que consiente”. Apurando más, se ha aportado un doble criterio para evaluar la capacidad: uno cognitivo, por el que se valora si el paciente posee inteligencia y discernimiento y otro volitivo, que pondera si el paciente dispone de libre albedrío para elegir sus acciones.

La Circular 1/2012 desarrollaba ya estos criterios. Para la Fiscalía General: “puesto que la capacidad de comprensión necesaria para cada intervención médica varía de unos a otros sujetos y en función de la entidad y posibles consecuencias de cada actuación, pueden darse algunas pautas para esta decisión:

La primera es que la capacidad del menor debe ser evaluada siempre a efectos de tomar debidamente en cuenta sus opiniones y de comunicarle la influencia que las mismas tengan en el proceso de decisión. La evaluación deberá verificar si hay, en la persona y caso concreto, una mínima racionalidad de la opinión u opción 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.

La segunda es 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. 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. Por ese motivo, se impone siempre una evaluación individualizada – y tanto más exhaustiva cuanto más

joven sea el paciente - caso por caso de las opiniones y deseos expresados, y por ende, del grado de madurez de cada menor. Para ello, el propio art. 9.3 c) LAP aporta una orientación inicial cuando se trata de menores de 12 años, al no exigir con carácter general en tales casos la audiencia de los mismos.

La tercera es que debe atenderse a los efectos de la cuestión a decidir en la vida del menor. 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. Por último, hay que recordar que la Convención de Derechos del Niño reconoce los derechos y las responsabilidades de los padres o representantes legales de los niños de impartirles dirección y orientación apropiadas pero subraya también que tal reconocimiento tiene por objeto permitir que los niños ejerzan sus derechos con autonomía creciente en función de su edad”.

La LAP establece que la capacidad del paciente para tomar decisiones queda a criterio del médico responsable de la asistencia. La Circular 1/2012 considera que “a falta de mayor precisión legal, los médicos deben decidir en cada caso con cierta dosis de sentido común”.

Aunque el médico llegue a la conclusión de la falta de madurez, antes de otorgarse el consentimiento por los representantes legales, deberá ser oída la opinión del paciente menor si tiene doce años cumplidos. Incluso debiera darse audiencia a los menores de menos de 12 años, si se entiende que por sus condiciones de madurez tienen suficiente juicio.

Por tanto, deberá en primer lugar valorarse si el menor tiene madurez suficiente para consentir el acto médico, presumiéndose *iuris tantum* que a partir de 16 años la tiene. Si se llega a la conclusión que no tiene tal madurez para consentir, si tiene más de doce años se presume *iuris et de iure* que tiene madurez a efectos del ejercicio del derecho a ser oído y escuchado. Si tiene menos de doce años habrá de valorarse en cada caso si tiene suficiente madurez para poder ejercitar el derecho a ser oído y escuchado. Toda persona por el mero hecho de serlo puede ejercer su derecho a opinar.

La actuación de los representantes no puede ser en ningún caso arbitraria. Conforme al apartado seis del art. 9 LAP en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal (...) la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente.

Puede decirse que los padres están obligados a prestar su consentimiento para la práctica de todos los tratamientos e intervenciones necesarios para preservar el derecho a la salud de los menores en cumplimiento de su deber de velar por ellos (art. 154 CC). Cuando la decisión de los padres sea contraria a los intereses del menor no capacitado para consentir, el acto médico podrá ser autorizado por el Juez.

Tras la reforma de 2015, la Ley es ahora más precisa: “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”.

Nótese que ahora esta puesta en conocimiento de la autoridad judicial no se ciñe a las decisiones sobre cuestiones que puedan incidir gravemente en la vida o la salud del menor, sino a cualquier decisión en relación con intervenciones médicas que se tome por el representante legal, cuando se adopte sin atender al mayor beneficio para la vida o salud del paciente menor de edad.

### **B.- El menor de menos de dieciséis años pero capacitado para comprender el alcance de la intervención**

Se ha considerado que los menores comprendidos entre 12 y 15 años, sin perjuicio de ser oídos, se someten a un régimen común: son representados por sus padres, que prestan el consentimiento. Este criterio aporta asideros más seguros para el médico, si bien supone restringir la capacidad de menores que en el caso concreto puedan considerarse maduros.

Creemos que no es la interpretación correcta. Conforme al art. 9.3 c) LAP los menores de 16 años también pueden por sí prestar su consentimiento, sin asistencia de sus progenitores, siempre que tengan suficiente capacidad intelectual y volitiva. En efecto, el precepto establece el mecanismo de la representación para los supuestos en los que “el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”, sin mayores aditamentos. Esta exégesis se cohonestaba con las enseñanzas de la psicología evolutiva que

considera que la mayor parte de los adolescentes alcanzan su madurez antes de los 16 años, entre los trece y los quince años.

Esta es la posición que adopta la Circular 1/2012, cuando declara la capacidad de “los menores de menos de 16 años cuando, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir”.

En todo caso, creemos que en los supuestos de menores de menos de 16 años a los que se considere maduros para consentir por sí, no obstante tal reconocimiento, deberá respetarse la facultad-deber de los padres en ejercicio de la patria potestad de velar por sus hijos, de modo que se les informe de las actuaciones médicas practicadas o dejadas de practicar.

### C.- El menor mayor de 16 años en el ámbito sanitario

Como presupuesto previo para interpretar la regla específica que introduce la LAP debe partirse de que “el deber de velar, como deber genérico de cuidado del hijo, impuesto a los padres por el art. 154 del CC, engloba el específico deber de cuidar de su salud” y ello se extendería también en principio a los mayores de 16 años.

En el régimen de la LAP anterior a 2015 se establecía en materia de salud –salvo para actuaciones de grave riesgo- la mayoría de edad a los 16 años.

Tras la reforma de 2015 se modula esa plena capacidad para consentir los actos médicos, pues además de las situaciones de grave riesgo, el Legislador excepciona del ámbito de decisión del menor de 16 y 17 años los supuestos en los que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. Por tanto, ya no hay una presunción *iuris et de iure* de capacidad, sino una presunción *iuris tantum* que puede desvirtuarse si en el caso concreto se pone de manifiesto que el mayor de dieciséis años no es maduro.

Además, antes de la reforma de 2015, el último inciso del art. 9.3 c) disponía que “en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

La situación se clarifica tras la reforma de 2015, que establece en el inciso segundo del apartado

cuarto del art. 9 que “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”.

### 3. RECAPITULACIÓN: CUADRO GENERAL

Conforme a lo expuesto, el cuadro general en relación con el consentimiento informado en el ámbito médico sería el siguiente:

- 1) en caso de menores de 12 años es prestado por sus representantes, respetando el derecho a ser oídos si tienen madurez suficiente para ejercitar este derecho,
- 2) en caso de menores de 16 y mayores de 12 años, en principio, es prestado por sus representantes, bien que respetando en todo caso su derecho a ser oídos,
- 3) en caso de menores de 16 y mayores de 12 años es prestado por el propio menor, si en el caso concreto se llega a la conclusión de que es capaz intelectual/emocionalmente para prestarlo,
- 4) en caso de menores mayores de 16 años (estén o no emancipados) es prestado por el propio menor, de quien se presume *iuris tantum* madurez suficiente para prestarlo,
- 5) en caso de menores mayores de 16 años es prestado por el representante legal del menor, cuando se desvirtúe en el caso concreto la presunción *iuris tantum* de que tiene madurez suficiente para prestarlo,
- 6) cualquiera que sea la edad y la madurez del menor es prestado por el representante legal, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor.

### 4. CONFLICTOS

Los conflictos que pueden producirse son múltiples. Para resolver todos estos problemas debe de nuevo partirse del principio general del interés superior del menor. Toda decisión que se adopte respecto

de un menor debe estar presidida por la necesidad de salvaguardar su superior interés.

También ha de tenerse en cuenta que incluso los menores maduros tienen limitada su capacidad para autodeterminarse en el ámbito de la salud, no pudiendo darse relevancia a decisiones que supongan poner en grave riesgo su vida, integridad o salud.

Esta delicada materia, que adolecía de un marco jurídico claro, fue abordada por la Circular 1/2012 y sus criterios generales han sido recogidos, como expresamente reconoce el Preámbulo, en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

La Circular 1/2012 comenzaba declarando que “los conflictos que pueden generarse en clínicas y hospitales cuando los facultativos consideran necesario practicar a un menor de edad una transfusión de sangre u otra intervención médica en situación de “riesgo grave” y el menor, sus representantes legales o unos y otro se oponen, además de ser de por sí jurídicamente complejos, suponen la afectación de derechos fundamentales y venir acompañados de un fuerte componente emocional, exigen una resolución urgente. Si a estos perfiles se une el hecho de que el marco jurídico para resolver estos conflictos no es lo suficientemente claro, la necesidad de contar con unas pautas generales interpretativas se torna imprescindible. La labor exegética orientada a iluminar esas zonas oscuras debe necesariamente inspirarse desde el punto de vista sustantivo en el principio del superior interés del menor. Desde el punto de vista procesal será el principio de celeridad el que proporcione asideros, partiendo de que en la mayoría de estos supuestos, a la vista de los bienes jurídicos afectados, la decisión no admite ningún tipo de dilación”.

En relación con este tema que, la STC nº 154/2002 consideró que, aun cuando no hubiera certeza sobre la madurez del menor para decidir sobre una cuestión de trascendencia vital, con su oposición a la intervención médica ejerció los derechos a la libertad religiosa y a la integridad física de los que era titular.<sup>2</sup>

Pero señaló también que “... el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban

de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto —como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable”... Y que “... en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales”, ya que la vida, “en su dimensión objetiva, es ‘un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional’ y ‘supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible’.

Por lo que hace a la actuación judicial en este caso, la misma sentencia sigue declarando que “es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional... Además, es oportuno señalar que... el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.”

También el TEDH se ha pronunciado, siquiera marginalmente, sobre esta cuestión en el caso *Hoffmann vs Austria*— STEDH de 23 de junio de 1993 - Apreció trato discriminatorio por parte del Tribunal Supremo austríaco en la denegación del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos a la Sra. Hoffmann con base en su condición de Testigo de Jehová y en su eventual negativa a que los hijos recibiesen una transfusión de sangre en caso de precisarla. El TEDH acude a preceptos del Código Civil austríaco para estimar que “la decisión judicial (...) puede suplir el consentimiento de los padres para hacer tal transfusión, médicamente necesaria” y que merced a tal posibilidad de acudir en todo momento a una decisión judicial externa, la actitud de la madre respecto a las transfusiones “no representa un peligro para los hijos”. En definitiva, no se cuestiona en ningún momento la primacía de la vida de los hijos en caso de posible conflicto con la voluntad o creencias de su representante legal.

2 SÁNCHEZ GONZÁLEZ M.P. en *Implicaciones jurídicas del rechazo de un tratamiento médico vital para un menor (en torno a la Sentencia del TC 154/2002, de 18 de julio)* en PDD nº 2 2003, pg 21 se pregunta cómo se hubiera valorado la competencia del niño en el caso de haber aceptado la transfusión.

Desde la perspectiva bioética la Circular opta por una postura consecuencialista con apoyo en el principio del “interés superior del menor”, que debe guiar todas las intervenciones del Fiscal en este ámbito. Invoca expresamente el repertorio de criterios de concreción de ese interés que, siguiendo el modelo de la *Children Act* británica de 1985, ofrece la STS 565/2009 de 31 de julio y en el que se destaca a estos efectos:

- En primer lugar, la cobertura de las necesidades básicas de salud del menor
- En segundo lugar, la atención a los deseos, sentimientos y anhelos del menor, con la apostilla de que “sean compatibles con lo anterior”.
- Ulteriormente y como pauta general de determinación del interés superior del menor, la valoración de los riesgos (para la salud física o psíquica) que la situación actual y las subsiguientes puedan acarrear

La solución de la Circular viene a coincidir con el criterio sentado en el ámbito anglosajón en resoluciones posteriores a 1985. Efectivamente, incluso tras la consolidación en el ámbito judicial y doctrinal anglosajón del criterio *Gillick* de competencia o madurez del adolescente, varias resoluciones judiciales posteriores han corregido o matizado *obiter dicta* la doctrina entonces sentada, en los casos en que se trata no de aceptar sino de rechazar un tratamiento imprescindible para la vida o la conservación de la salud. Se entiende que la autoridad de los padres no cesa de modo absoluto ante la competencia o madurez del hijo, y la jurisdicción de los tribunales puede suplir la patria potestad para la imposición de determinados tratamientos de carácter vital.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> En Inglaterra, El caso *Re and R* (1992) Fam. 11, *Re W* (1993) Fam. 64; *Re S* (1994) 2 FLR 1065; *Re E* (1993) 1 FLR 386; *Re L* (1999) 2 FCR 524, (1998) 2 FLR 810, relativos a tratamientos médicos sobre menores, expresan reticencias al criterio *Gillick* de competencia cuando se trata del rechazo de una intervención médica indicada como necesaria para la vida, sugiriendo la intervención de otra persona o autoridad judicial para el ejercicio de las funciones parentales.

En Canadá en el caso *AC vs Manitoba Director Child and family Services*, la Corte Suprema en decisión (5 a 2) de 2 de julio de 2009, negó que hubiera discriminación de una adolescente de 15 años a la que judicialmente se impuso una transfusión de sangre contra su voluntad, ni compromiso de sus derechos a la libertad religiosa, la vida y la salud. Se le permitió acreditar su grado de madurez y se exigió un estándar superior, dada la relevancia de la decisión para su supervivencia. Criterio del interés superior del niño.

Por otro lado, apoyan esta solución toda una serie de disposiciones legales sobre la irrelevancia del consentimiento del menor de edad, sea o no maduro, para determinadas intervenciones médicas, algunas de ellas, carentes de riesgo vital o urgente. En tal sentido:

- El art. 156 del CP niega relevancia al consentimiento de cualquier menor en materia de trasplantes, cirugía transexual y esterilizaciones.
- En relación con lo anterior, el art. 4 de la Ley 30/1979 sobre *transplantes de órganos*, en relación con el 155 del CP, prohíbe la donación de órganos a los menores de edad.
- El art. 143 CP niega también la validez del consentimiento de los menores de 18 años para configurar el subtipo atenuado de auxilio al suicidio en casos de “eutanasia directa”.
- El art. 7 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre sobre *normas de calidad y seguridad para la donación, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos*, prohíbe la extracción de células y tejidos humanos a menores de cualquier edad, salvo determinados supuestos expresamente recogidos.
- El art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de *reproducción asistida* en relación con el 161 del CP prohíbe también la aplicación de estas técnicas a personas menores de edad.
- En general, el art. 6.1 del Convenio de Oviedo excluye la posibilidad de aplicar a menores de edad, aun con consentimiento informado, cualquier tratamiento médico que no redunde en el beneficio directo del paciente.

Refuerza esta interpretación, orientada a la salvaguarda de la vida y salud del menor, el nuevo art. 2.2 LOPJM, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2015, que dispone los criterios generales a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, recogiendo en la letra a), como primer criterio, por tanto, el de *la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor*.

El planteamiento judicial de estos conflictos debe realizarse por su carácter urgente ante el Juez



de Guardia en procedimiento urgente de jurisdicción voluntaria en el que informa necesariamente el Fiscal.

Tras la reforma de 2015, queda aún más clara la limitación de la capacidad de los menores para adoptar decisiones que puedan suponer daños irreversibles para su salud o una pérdida importante e irreparable de un órgano o función. Tampoco tiene eficacia jurídica la decisión de un menor de negarse a un tratamiento vital.

A partir de 2015, en las decisiones sobre actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor el consentimiento corresponde en todo caso, aún en el caso de menores maduros, a sus representantes legales, y éstos, necesariamente, deben decidir “atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente” y si no lo hacen, los profesionales sanitarios deberán ponerlo “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”.

En palabras de la Circular 1/2012 “se impone establecer un equilibrio entre el respeto debido a la autonomía del paciente menor de edad, a la patria potestad, y la protección de la vida e integridad individuales. Puesto que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Sólo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto”.

La Fiscalía tuvo un papel determinante, no sólo a través de la Circular 1/2012, sino también en la rectificación del Anteproyecto de Ley de protección de la infancia.

La irrelevancia de la negativa a recibir un tratamiento con grave riesgo para la vida o salud, en nuestra opinión, debe referirse a tratamientos cuya aplicación objetivamente presente una alta probabilidad de éxito y cuya omisión presente una alta probabilidad de desembocar en un resultado lesivo. No estarían comprendidos tratamientos cuya eficacia es dudosa

o incierta. Así por ejemplo, un tratamiento agresivo de resultado incierto no debiera aplicarse contra la voluntad de un menor maduro o contra la voluntad de los representantes de un menor no maduro. La casuística que puede presentarse en la realidad hace difícil establecer criterios más precisos, debiendo analizarse las circunstancias concurrentes en cada caso.

Es ilustrativo el caso de HANNAH JONES, una niña británica de 13 años con leucemia, tratada durante muchos años con quimioterapia y con una esperanza de vida de seis meses que en 2008 decidió no someterse a más operaciones médicas y morir en su casa arropada por su familia. El Hospital pretendía someterla a una operación de trasplante de corazón, con riesgo muy alto. Los padres, atendido el calvario que llevaba padecido la niña desde su infancia, no querían influir en su decisión. Un juzgado finalmente dio prevalencia a la opinión de la niña e impidió que se le operase contra su voluntad.

## 5. INFORMACIÓN MÉDICA A PROPORCIONAR AL MENOR

En cuanto a la información médica a proporcionar al paciente menor, cabe hacer mención a la Resolución de 16 de Junio de 1986, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos de los Niños hospitalizados, en la que se reconoce el derecho de éstos a recibir una información adaptada a su edad, su desarrollo mental, su estado afectivo y psicológico, con respecto al conjunto del tratamiento médico al que se le somete y a las perspectivas positivas que dicho tratamiento ofrece.

Conforme al art. 5.2 LAP el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.

Lógicamente, cuando el tratamiento o la intervención haya de ser consentida por el menor (mayor de 16 o con madurez suficiente), la información que se le proporcione deberá abarcar todos los datos necesarios para que pueda prestar su consentimiento con conocimiento suficiente.

De nuevo aquí debe introducirse la matización de que cuando el consentimiento es por representación, los titulares propiamente del derecho a la información son los padres. El menor en estos casos puede ver modulado –que no excluido– su propio derecho a la información.

## **6. EL DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD DEL PACIENTE MENOR**

El punto de tensión se produce lógicamente en relación con la posibilidad de excluir a los progenitores de la información médica afectante al hijo.

Desde luego, no es correcto operar con criterios rígidos, debiendo partirse de una cierta conexión entre la capacidad para prestar consentimiento para un determinado acto médico y el derecho a la confidencialidad de los datos relativos al acto médico. A mayor madurez, mayor derecho a la confidencialidad.

Desde este esquema parece que para menores maduros mayores de 16 años, en principio, habría que partir de que son titulares exclusivos del derecho a la información y de que pueden excluir a los padres, salvo que se tratara de una actuación de grave riesgo, en cuyo caso los padres, que tras la reforma de 2015 son los que prestan el consentimiento, también tendrían el derecho a recibir información y acceder a la historia clínica.

En caso de menores de 16 años, entendemos que aunque tuvieran condiciones de madurez, los médicos deben informar a sus progenitores, a fin de que éstos puedan cumplir con su deber-función de velar por los hijos. Los padres, desde luego, deberán ser informados respecto de los tratamientos de menores de 16 años sin condiciones de madurez y para menores de 12 años en todo caso.

De nuevo en esta materia, a la hora de adoptar una decisión sobre si informar o no a los padres y en qué extensión, puede arrojar luz el principio del superior interés del menor, esto es, cuál es la decisión que más puede beneficiar su desarrollo integral como persona. Este criterio podría modular la exclusión de los padres incluso en supuestos de oposición de mayores de 16 años.