

# CUESTIONES JURÍDICAS EN LA ATENCIÓN SANITARIA A MENORES

**Noemí García Esteban**

*Letrada Servicio Jurídico*

*Servicio de Salud del Principado de Asturias*

**Pablo Cabo Pérez**

*Letrado Servicio Jurídico*

*Servicio de Salud del Principado de Asturias*

**Eva Fernández Piedralba**

*Letrada Servicio Jurídico*

*Servicio de Salud del Principado de Asturias*

**SUMARIO: 1. Introducción; 2. Marco Normativo; 3. Tipos de menores; 4. Conflictos de intereses ante intervenciones sanitarias de grave riesgo sobre menores de edad; 5. Otros conflictos de intereses. Especial referencia a los testigos de Jehová; 6. Acceso por el titular de la patria potestad a las historias clínicas de los menores.**

## RESUMEN

Se aborda la resolución de distintos conflictos en los que se encuentra el personal sanitario a la hora de atender a menores, principalmente cuando los criterios médicos no coinciden con los familiares del menor o con éste.

## PALABRAS CLAVE

Menores. Asistencia sanitaria. Conflictos de intereses.

## ABSTRACT

This work resolving conflicts that faces medical personnel regarding the care of minors, particularly when the child's family or the child disagrees with medical view or health care decisions.

## KEYWORDS

Minors. Healthcare. Conflicts of interest.

## 1. INTRODUCCIÓN

El tema a abordar es en mi opinión de gran complejidad puesto que puede tratarse desde muchas facetas. De hecho, la intención de este artículo, es plasmar algunas de las situaciones cotidianas, y digo algunas puesto que como suele decirse “la realidad supera la ficción” y es éste un tema en el que la práctica diaria trae de cabeza a pediatras y gestores.

El escenario sanitario viene representado habitualmente por dos actores: sanitario y paciente. Ahora bien, en el ámbito pediátrico entra en escena un tercer actor: el menor. En muchas situaciones, el papel del sanitario se complica por la intervención de los padres, que en muchas ocasiones no siempre están de acuerdo entre ellos, o entre ellos y el menor, o entre ellos y el pediatra... y así podemos hacer varias combinaciones de desacuerdos que vienen a complicar el tema mucho más. En este sentido, y a lo que los

padres se refiere, hemos de tener en cuenta diferentes cuestiones jurídicas que inevitablemente afectan al pediatra: separación de los padres (lo que suele implicar dos domicilios de los padres aunque persista el vínculo matrimonial), divorcio (desaparición del vínculo anterior y la existencia, normalmente, de un convenio regulador en lo que al menor se refiere), patria potestad (es muy habitual que tras una separación o divorcio, ambos padres sigan manteniendo la patria potestad de manera compartida)... En definitiva, para un sanitario cualquier paciente es un problema clínico potencial, pero cuando concurre un menor es, además, un posible conflicto jurídico

## 2. MARCO NORMATIVO

Una vez expuesta esta introducción, es necesario hacer referencia, sin ánimo de exahustividad, al marco jurídico que regula esta materia.

### 2.1.- Ámbito Civil

- *Código civil*: El art. 162 CC excepciona del ámbito de representación de los padres 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.
- El art. 3.1 de la *LO 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* atribuye a los menores la capacidad de consentir las intromisiones en tales derechos, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.
- *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989 y de 14 de mayo de 2010* señalan que “no existe una norma que, de forma expresa, declare la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para actuar por sí mismo; y no cabe derivar esa incapacidad para obrar ni del art. 322 CC en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados”. Más adelante ambas resoluciones

añaden que, “...si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil ( con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1,3 y 5 del Código Civil) y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad”. En resumen, en el ámbito civil la minoría de edad no es una de las causas de incapacitación del art. 200 CC por lo que ha de ser analizada en cada caso concreto a los efectos de calificar la suficiencia en la prestación del consentimiento en atención a la naturaleza y trascendencia de la decisión y al grado de madurez del disponente.

- *LO 1/1996, protección jurídica del menor*, de 15 de enero, dispone en su art 2 que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

### 2.2.- Ámbito constitucional

- Art 18 *CE*
- Diferentes *Sentencias del Tribunal Constitucional* establecen que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga 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, SSTC 137/1990, de 19 de julio y 37/2001 de 28 de abril)

### 2.3. Ámbito sanitario

- *Ley Autonomía del Paciente, Ley 41/2002*, establece que los menores no emancipados deben ser informados si sus condiciones de madurez lo permiten. Ahora bien, hemos de destacar, en cuanto a la información a facilitar a los menores de edad, que la Ley 41/2002 no refiere exactamente el tipo de información que puede ser proporcionada a los mismos. Sin embargo, ha de destacarse que la ley 41/2002, es favorable a la prestación del consentimiento por el menor, siempre que sea capaz intelectual y emocionalmente para comprender el carácter de la intervención. Sólo en caso contrario, el consentimiento

ha de ser prestado por el representante legal del menor, al que deberá escucharse, en el caso de que tenga 12 años cumplidos.

### 3. TIPO MENOR

En el ámbito en el que nos movemos, es importante destacar que el marco jurídico para resolver estos conflictos no es lo suficientemente claro, por lo que la necesidad de contar con unas pautas generales interpretativas es absolutamente imprescindible.

Siendo consciente la Fiscalía General del Estado de los problemas con los que a diario tenían que lidiar los pediatras, consideró necesario dictar una Circular (1/2012) para arrojar algo de luz en un escenario en el que habitualmente había que tomar decisiones con carácter urgente, que no admiten dilación y en el que la afectación de derechos fundamentales y el componente emocional estaban siempre muy presentes. En esta Circular, se hace referencia, en lo que respecto a este tema interesa, a dos tipos de menores,:

#### 3.1 Los menores sin capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención:

Es lo que la doctrina acuñó como “menor no maduro”. Se atribuye la capacidad a estos efectos a los mayores de 16 años, pero no se presupone expresamente la ausencia de madurez por debajo de esa edad. Obviamente, parece difícil apreciarla en niños de corta edad pero en todo caso, en mayores de 12 años se impone evaluar en cada caso los parámetros de madurez. En definitiva, el consentimiento habrá de prestarlo los representantes legales del menor, con la obligación de oírle siempre que tenga más de 12 años.

#### 3.2 Los menores con capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención o “menores maduros”

Es la situación en la que se encuentran los menores de 16 y 17 años, siempre que no sean incapaces o estén incapacitados. También entran en el concepto de “menor maduro” los menores emancipados o aquellos menores de menos de 16 años cuando, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir.

En estos casos, como regla general es el propio menor el que ha de prestar el consentimiento. La Ley de autonomía del paciente es clara: *no cabe prestar el consentimiento por representación*, si bien es cierto que esto queda desvirtuado cuando se hace referencia a intervenciones de “grave riesgo” donde establece que en tales casos “*los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente*” (art. 9.2 c) Ley de Autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

Una vez sentado lo anterior, se hace necesario determinar correctamente la madurez del menor. El art 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 el ámbito sanitario, el criterio de competencia funcional de los menores de edad ha sido objeto de frecuentes debates desde el conocido “Caso Gillick”, hasta el punto que la doctrina referente a la capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de una intervención se designa frecuentemente “Gillick competente”. Fue en 1978 cuando una circular del servicio de salud público inglés permitió a los doctores prescribir anticonceptivos a las menores de 16 años sin consentimiento ni conocimiento materno.

Con cinco hijas menores de 14 años, la Señora Gillick encabezó una batalla legal. Como progenitora se negaba a que sus hijas pudieran recibir anticonceptivos, de manos de doctores que entendía, suplantarian la autoridad paterna. La señora Gillick consiguió miles de firmas e inició una batalla legal que no dejó a nadie indiferente. En Noviembre de 1983 contaba con el apoyo de 200 parlamentarios.

Tras perder la batalla judicial en primera instancia, la **Corte de Apelaciones** le dio la razón en diciembre de 1984, consiguiendo así cesar la práctica de la circular impugnada en todo el servicio de salud inglés. El Gobierno recurrió ante la Cámara de los Lores, ganando finalmente el caso en 1985, con un fallo en contra de la petición de Gillick.

La sentencia estableció que, en cada caso, los médicos juzgarían la capacidad de la menor en cuestión para entender el alcance y consecuencia del “tratamiento”, de manera que si ésta persistía en su negativa a informar a sus padres, le sería administrado el **anticonceptivo** sin más trámite, sin que los padres pudieran acceder a su historial médico.

En nuestro derecho el art 9.3, a) de la Ley de Autonomía del Paciente, atribuye expresamente la evaluación de la “capacidad de decisión” del paciente “al criterio del médico responsable de la asistencia”. Sin embargo, puesto que la capacidad de comprensión del menor cambia de unos a otros sujetos, se da en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, una serie de criterios. En primer lugar, 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 momento de decisión. 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. El entorno, la formación el nivel de apoyo recibido, entre otros factores, condicionan la evolución de la capacidad del menor para formarse una opinión propia. Es por ello que se impone una evaluación individualizada, caso por caso. En esto es necesario aludir al art 9.3 c) de la ley de autonomía del menor que no exige con carácter general en relación a menores de 12 años la audiencia a los mismos. El tercer criterio es que debe atenderse a los efectos que puede tener en la vida del menor, es decir, cuanto más trascendentes e irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será evaluar correctamente la madurez del menor.

Visto lo anteriormente expuesto, se nos plantea la siguiente cuestión: ¿cuándo hay que contar con los padres? Por resumirlo de una manera sencilla, podemos decir que siempre que el menor tenga menos de 12 años, o cuando teniendo entre 12 y 16 años éste no reúna las condiciones de madurez suficiente. Ahora bien, a nadie se le escapa la dificultad que tiene para el pediatra el hacer una correcta valoración en cada caso concreto.

#### **4. CONFLICTOS DE INTERESES ANTE INTERVENCIONES SANITARIAS DE GRAVE RIESGO SOBRE MENORES DE EDAD**

Pueden surgir conflictos de intereses cuando los facultativos aprecian 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 estos casos encontramos una confrontación entre diferentes bienes en conflicto, encontrando por un lado la vida del paciente menor de edad y en relación con ella, su salud, y de otro, su autonomía y libertad de decisión, sea indirectamente, es decir, ejercida a

través de la representación legal, o sea directamente ejercida cuando se trata de menores emancipados, mayores de 16 años o menores maduros.

Estas situaciones excepcionales de máximo conflicto por la gravedad de los riesgos y la importancia de los bienes jurídicos en juego, han de superarse *priorizando el interés superior del menor* y paciente sobre la voluntad expresada por el mismo o en su caso, por sus representantes legales.

Aunque esta solución no está expresamente contemplada en el art. 9.3 c) de la Ley de Autonomía del Paciente, se desprende de una interpretación armónica de este texto legal en relación con la LO de Protección Jurídica del Menor y con otras disposiciones relativas a la vida y salud de menores de edad.

El principio del “interés del paciente” viene consagrado en los arts. 6 y 9.5 del Convenio de Oviedo. El mencionado artículo 6 señala que cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley, y que esta autorización podrá ser retirada en cualquier momento en interés de la persona afectada.

El segundo de estos preceptos indica que el consentimiento por representación sólo podrá otorgarse en beneficio del paciente.

En su formulación genérica, el interés del paciente coincide con el interés superior del menor. Este último sirve de pauta para la resolución de estos conflictos porque el ya citado art. 2 LOPJM lo introduce de forma expresa como *principio rector* en la aplicación de la ley estableciendo que primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Ahora bien, la concreción práctica del concepto jurídico indeterminado de “interés del menor” no siempre es fácil para el intérprete general de las normas ni para su aplicador en el caso concreto, pero la Sala Primera del Tribunal Supremo, viene aportando en sus resoluciones desde la STS nº 565/2009 de 31 de julio, una serie de criterios para orientar la determinación del interés del menor y paralelamente, su concreción en el caso concreto. Se señala así que el interés del menor se identifica en primer lugar con:

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”.

A continuación, sigue diciendo la Sentencia citada 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”.

En definitiva, aunque expresamente la mencionada Sentencia no jerarquiza expresamente, sí queda claro en la misma la prioridad de superponer unas necesidades básicas (como la salud) que condicionan todas las demás. Pero aún cabe destacar otros dos criterios importantes del repertorio que proporciona esta sentencia:

- En lugar prioritario se encuentran 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.
- Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión “en interés del menor” (si va a cambiar a aquélla) puedan acarrear a éste; riesgos para su salud física o psíquica.

La identificación del “interés superior del menor” con la protección de su vida y su salud y con la consideración de las consecuencias futuras de toda decisión que le afecte, unida al carácter irreversible de los efectos de ciertas intervenciones médicas o de su omisión en casos de grave riesgo, llevan a cuestionar la relevancia de la voluntad expresada por los representantes legales del menor no maduro cuando su contenido entrañe objetivamente grave riesgo.

Igualmente, la salvaguarda del superior interés del menor impondrá restricciones a la capacidad de los menores emancipados, mayores de 16 años y menores maduros en relación con decisiones que en el ámbito médico sanitario comporten el mismo riesgo grave. Esta conclusión se desprende en primer lugar de la cláusula contenida en el inciso último del art. 9.3 c) in fine de la LAP que se ha analizado más arriba y de la que se deduce que cuando el facultativo aprecia situaciones de “riesgo grave”, excluido el consentimiento por representación, debe “tomarse

una decisión” tras informar y oír a los padres del menor, “teniendo en cuenta su opinión”.

La oscuridad de la dicción legal del art. 9.3 c) en este punto queda compensada por la claridad con la que el legislador establece la irrelevancia del consentimiento del menor edad, sea o no maduro para decidir determinadas intervenciones médicas que pueden comprometer de forma importante su salud o tener consecuencias irreversibles. En este sentido, cabe recordar varias disposiciones legales:

- El art. 143 CP niega 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. 156 del Código Penal niega relevancia al consentimiento de cualquier menor de edad para excluir la antijuricidad de las lesiones en materia de trasplantes, cirugía transexual y esterilizaciones.
- El art. 4 de la Ley 30/1979 sobre trasplantes de órganos, en relación con el 155 del CP, prohíbe a los menores de edad, en todo caso, la donación de órganos.
- 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 excepcionales y expresamente recogidos.
- El art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de reproducción asistida en relación con el 161 CP prohíbe también la aplicación de estas técnicas a personas menores de edad.

En general, el art. 6.1 del Convenio de Oviedo excluye a posibilidad de aplicar a menores de edad, aun con consentimiento informado, cualquier tratamiento médico que no redunde en el beneficio directo del paciente.

La irrelevancia legalmente establecida del consentimiento en relación con estos tratamientos e intervenciones (sólo justificada en el interés superior que representan los derechos a la vida y la salud) obliga a descartar con mayor motivo la voluntad del

menor, incluso el menor maduro y el mayor de 16 años respecto del rechazo de tratamientos médicos de carácter vital.

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.

### **5. OTROS CONFLICTOS DE INTERESES. ESPECIAL REFERENCIA A LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ**

Es por todos conocida los conflictos que ha suscitado la negativa por los miembros de esta confesión a la transfusión de sangre, basada en la creencia en que la “introducción de sangre en el cuerpo por la boca o las venas viola las leyes divinas” derivado ello de una interpretación literal de algunos pasajes bíblicos que indican la prohibición de ingerir sangre. Se ha interpretado, por los Testigos de Jehová, que esta prohibición se extiende a las terapias médicas que incluyan introducción de sangre ajena en el propio cuerpo, es decir, las transfusiones de sangre. Es por ello que varios centros sanitarios disponen de formularios que rechazan la administración de sangre y hemoderivados.

Tanto la aceptación de la transfusión como el rechazo al tratamiento deberán constar por escrito, así lo exige la Ley. No obstante, el rechazo de la transfusión de sangre plantea un conflicto de intereses. Por un lado, entre el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia del paciente, por otro lado, de su vida y salud.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de conocer del tema, dictándose Sentencias al respecto. Así, en el Auto 369/1984, de 20 de julio, se hace referencia a que en virtud de la LO 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, este derecho tiene como límite la salud de las personas.

Es interesante destacar la STC nº154/2002, de 18 de julio ya que el conflicto que estudia tiene como

protagonista a un menor de 13 años, testigo de Jehová, que se niega al igual que sus padres, a recibir una transfusión de sangre tras un accidente. **El menor**, de 13 años de edad, sufrió una caída en bicicleta aparentemente leve, el 3 de septiembre de 1994. La lesión se agravó, días más tarde, con una hemorragia nasal, por lo que fue necesario llevar al accidentado al Policlínico de Fraga (Huesca) donde aconsejaron su traslado al hospital de Arnau de Lérida. Tras ser practicadas las pruebas pertinentes, se apreció una pérdida hemorrágica aguda que necesitaba de transfusión sanguínea. Los padres del paciente, manifestaron que su religión no les permitía aceptar la transfusión de sangre, por ser testigos de Jehová, y pidieron que fuese aplicado a su hijo un tratamiento alternativo. Ante la imposibilidad de otro tratamiento que fuese efectivo, los padres solicitaron el alta voluntaria, a lo que se negó el centro hospitalario. Éste solicitó autorización al Juzgado de Guardia para practicar la transfusión; autorización que fue concedida si se daba el caso de urgencia vital. Ante esto, los padres cesaron en su oposición y se sometieron a la decisión judicial. Sin embargo, cuando se procedió a transfundir, Marcos, el paciente menor de edad, reaccionó violentamente y se opuso “con auténtico terror”, por lo que los médicos desistieron al considerar la posibilidad de que sobreviniese una hemorragia cerebral; pese a ello, no dejaron de intentar convencer tanto al menor para que consintiera ser transfundido, como a sus padres para que lo disuadieran de su oposición.

La repetida negativa del menor a recibir sangre y la de sus progenitores a convencerlo de lo contrario, hicieron que los facultativos descartaran la transfusión con ayuda de medios anestésicos (por no considerarlo ni ético ni médicamente correcto) y concedieran el alta voluntaria para el traslado a otro centro, a sabiendas de la inexistencia de un tratamiento alternativo. El menor fue llevado a diversos hospitales como el Universitario Materno-Infantil de Vall D’Hebrón (Barcelona) y el General de Cataluña (centro privado cuyos servicios fueron sufragados por los progenitores del niño). Ante la imposibilidad de administrar efectivamente otro tratamiento, el paciente fue conducido a su domicilio. De aquí, cuando se encontraba en un estado previo al coma, fue trasladado al Hospital de Barbastro (por orden judicial) al que llegó en coma profundo y donde se procedió a la transfusión autorizada por el juez (segunda autorización), sin que los padres del menor intentaran impedirlo, acatando de nuevo la decisión judicial otorgada el 14 de septiembre. Finalmente, el niño fue trasladado al Hospital Miguel Server donde falleció, el 15 de septiembre de 1994.

El caso llegó al Tribunal Supremo y éste condenó a los padres de Marcos a la pena de 2 años y 6 meses de prisión, como responsables de un delito de homicidio por entender que “correspondía a los padres, en el ejercicio de sus atribuciones como titulares de la patria potestad, la salvaguardia de la salud del menor, de la cual eran garantes”. Según aquélla, tenían el deber legal y moral de hacer todo lo que fuere preciso para evitar cualquier situación que pudiese poner en peligro la salud o la vida del menor, “estando obligados a proporcionar a su hijo la asistencia médica que hubiere precisado.”

Esta sentencia del Tribunal Supremo fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional español por los representantes legales de los padres del menor. El recurso se fundamentó en la violación de los derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la integridad física y moral, protegidos por los arts. 16.1 y 15 de la Constitución.

Finalmente, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado por vulneración del derecho de libertad religiosa de los progenitores, y anula las Sentencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997. Fundamenta la absolución de los padres en el derecho de libertad religiosa, unida a la conducta diligente de aquéllos para la salvación de su hijo, ya que en todo momento, ellos mostraron un profundo interés por el bienestar de su hijo buscando centros hospitalarios que pudieran tratarlo, pero evitando el uso de sangre.

De acuerdo a la Constitución española, al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y al Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el menor también era titular del derecho a la libertad religiosa, ideológica, de conciencia y de creencias. La sentencia del Tribunal Constitucional español 154/2002 considera al menor con la suficiente capacidad natural y madurez como para decidir en conciencia sobre aspectos serios que afecten a su vida.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre esta cuestión en el caso Hoffmann vs Austria (Sentencia de 23 de junio de 1993). En esta Sentencia se hace referencia a una primacía de la vida de los hijos en caso de posibles conflictos con la voluntad o creencias de sus representantes legales.

Por todo ello, junto con el art 9.3 de la Ley de Autonomía del Paciente, parece que la solución se

inclina por considerar irrelevante la voluntad del menor de edad (expresada directa o indirectamente), cuando ésta sea contraria a la indicación médica y concorra un riesgo vital grave para la vida o salud del paciente menor de edad. Es en estos casos cuando podemos acudir al art 158 Código Civil. En dicho precepto, en su apartado 4º, se dispone que *el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del ministerio Fiscal, dictará las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios*. En este sentido, conviene acudir al art 124 CE donde se encomienda al Ministerio Fiscal promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados.

Ofrece la mencionada Circular del Ministerio Fiscal, una serie de soluciones para concretos problemas:

- 1) El menor maduro se niega a una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, en casos en los que los representantes legales son favorables a que se realice la misma.

En tal supuesto el médico, a la vista de la redacción del art. 9.3c) LAP, podría, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable por ser más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.

- 2) El menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión. En estos casos debe el médico plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.
- 3) El menor maduro presta su consentimiento a la intervención, siendo los representantes legales los que se oponen.

En este supuesto no existe un conflicto entre los deseos y opiniones del menor y sus derechos a

vida y la salud, por lo que debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.

- 4) Los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten la intervención, generando la omisión de la misma riesgo grave para su vida o salud. El médico no puede aceptar la voluntad de los representantes del menor, pues se encuentra en una posición de garante respecto de su paciente. Por ello habrá de plantear el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial.

No obstante, en situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres, estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad justificante.

En relación a los aspectos procesales, la naturaleza de esta decisión, urgente e inaplazable, debe tramitarse en el Juzgado de guardia. Los médicos no están legitimados para promover el procedimiento pero mediante el cumplimiento de su obligación de poner los hechos en conocimiento de la autoridad, el Juez procederá de oficio bien por él mismo o bien a instancias del Fiscal, si es éste último el que recibe la comunicación de los médicos.

Es necesario hacer mención a los supuestos de discrepancia del criterio entre padres. Esta es una circunstancia que se da en no pocas ocasiones y que coloca al médico atrapado en una guerra ajena, buscando el beneficio o al menos el mínimo perjuicio al menor. En el tema de las vacunaciones encontramos también diversidad de criterios entre los padres. Supongamos que uno de ellos es contrario al uso de las vacunas. ¿A quién atender? En este aspecto volvemos a tener en cuenta el criterio del *interés del menor*. Cuando la urgencia de la situación no admita demora, habrá que acudir a la Lex Artis, buscando el interés del menor aun en contra de la opinión de uno (o de ambos) padres. En el caso de las vacunas, que admite una relativa demora, se pondrá el caso en manos del Juez. Cuando la disputa es permanente, el art 156 CC establece que “el Juez después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en

todo caso, si fuera mayor de 12 años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre”. Respecto de pequeñas decisiones, las de escasa relevancia, bastará con obtener el consentimiento de uno de los dos progenitores, puesto que de conformidad con el citado artículo del CC: “respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro”.

## 6. ACCESO POR EL TITULAR DE LA PATRIA POTESTAD A LAS HISTORIAS CLÍNICAS DE LOS MENORES

Respecto de este tema, cobra especial interés el Informe 409/2004, de la Agencia de Protección de Datos. En el mismo se da respuesta a una consulta en la que se plantea si sería posible que el titular de la patria potestad de un menor pudiera recabar datos de su hijo, en todo caso. En el concreto caso se analiza el acceso a una analítica. En el citado Informe, tras analizar el artículo 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y el art 154.2 del código civil, se plantea qué ha de considerarse como “representación debidamente acreditada” a los efectos de acceder a la historia clínica.

Es por ello, que hace referencia al art 162.1 del CC que exceptúa de la representación legal del titular de la patria potestad “los actos referidos 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 mismos”. Por ello, en el informe se diferencian dos situaciones: los mayores de 14 años, a los que la ley atribuye capacidad para la realización de determinados negocios jurídicos; y por otro lado, a los menores de dicha edad.

Así, considera que a los mayores de 14 años disponen de las condiciones de madurez precisas para ejercitar, por sí mismos, el derecho de acceso a sus datos de carácter personal sin que pueda admitirse la existencia de una representación legal (y, en consecuencia, no acreditada) del titular de la patria potestad, dado que estos actos se encuentran excluidos de la representación establecida en el art 162.1 del CC. De esta manera, si el padre o madre de un mayor de 14 años acude aun centro sanitario solicitando un informe de analítica o cualquier otro dato incorporado a la historia clínica de su hijo, sin constar autorización



de ése, no se procedería a la entrega de la documentación en tanto no conste autorización fehaciente del hijo, y ello porque no es aplicable el art 18. 2 de la ley 41/2002. Obviamente de ello se excluyen los supuestos de hijo incapacitado.

Respecto de esta cuestión, cabe mencionar también, el informe jurídico 114/2008, de la Agencia de Protección de Datos, que en parte incorpora los fundamentos del informe de 8 de abril de 2004 ya señalado.

## **7. BIBLIOGRAFÍA**

- Circular 1/2012 Fiscalía General del Estado; Informe 409/2004, de la Agencia Española de Protección de Datos; Informe 114/2008, de la Agencia de Protección de Datos.