



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Privado

Derecho Civil. Derecho de familia

Curso 2016/2017

El consentimiento médico informado del menor de edad

Estudiante: Fernando Dávila Marcos

Tutora: Carmen González León

Junio de 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Privado

Derecho Civil. Derecho de familia

**El consentimiento médico informado
del menor de edad**

Informed medical consent of minor

Nombre del estudiante: Fernando Dávila Marcos
e-mail del estudiante: miurights@gmail.com

Tutora: Carmen González León

RESUMEN

Hoy en día, el consentimiento informado se ha convertido en un elemento esencial de la relación médico-paciente, cuyo incumplimiento puede generar la responsabilidad de los sanitarios. Sin embargo, su regulación ha suscitado numerosas interpretaciones, sobre todo en materia de quién debe otorgar el consentimiento si el paciente se encuentra en la minoría de edad.

Tras la reforma introducida en la Ley 26/2015, la capacidad del menor de edad para dar el consentimiento ha sido restringida y aunque tenga más de dieciséis años serán sus padres los que consientan por representación cuando no sean maduros o se trate de actuaciones de grave riesgo para su salud. En los demás casos se aplica la doctrina del menor maduro, por la cual se entiende que el menor puede otorgar el consentimiento por sí mismo si comprende intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención.

En este trabajo estudiaremos los problemas de interpretación que surgen al aplicar las normas sobre el consentimiento médico informado de los menores de edad, haciendo especial hincapié en lo que ha supuesto la reforma del año 2015 sobre esta materia.

PALABRAS CLAVE: Menores de edad, Consentimiento informado, Patria potestad, Autonomía del paciente, Menor maduro.

ABSTRACT

Informed medical consent has become essential in doctor-patient relations, and its absence may entail legal responsibility on the side of the medical provider. However, the regulation of the medical consent is controversial, especially when it comes to who is responsible for providing such consent if the patient is a minor.

After the reform introduced by the Ley 26/2015, there has been a restriction of the minor's capacity to consent. Therefore, in cases where the minor is not considered mature enough or where there is a serious health risk involved, even if the minor is older than sixteen it will be his parents who will provide the consent in his name. The mature minor doctrine is applied in all other situations. According to this doctrine, the minor can provide consent if he is able to understand the implications of the medical intervention both intellectually and emotionally.

This paper will focus in the analysis of the problems that may arise in the interpretation of the applicable rules regarding the informed medical consent of minors, with a special analysis of the effects of the 2015 reform in the area.

KEYWORDS: Minors, Informed consent, Parental Authority, Patient's Autonomy, Mature Minor

ÍNDICE

El consentimiento médico informado del menor de edad

ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I: TEORÍA GENERAL DEL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO.....	8
1.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	9
1.1- CONCEPTO.....	9
1.2- RELEVANCIA CONSTITUCIONAL.....	10
1.3- EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	11
1.3.1 ÁMBITO INTERNACIONAL.....	11
1.3.2 ESPAÑA.....	13
2.- ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	14
2.1- INFORMACIÓN.....	14
2.-2 CONSENTIMIENTO.....	17
3.- LÍMITES AL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	19
4.-EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN.....	20
CAPÍTULO II: EL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO.....	22
1.- PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR.....	23
2.- LA REPRESENTACIÓN EN LA MINORÍA DE EDAD.....	24
3.- EL MENOR MADURO EN EL ÁMBITO MÉDICO.....	26

CAPÍTULO III: EL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO DE LOS MENORES DE EDAD	29
1.-RÉGIMEN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES	30
1.1- ANTES DE LA REFORMA DE 2015	30
1.2 LA CIRCULAR 1/2012 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO..	32
1.3 DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2015	35
2.- EXCEPCIONES AL RÉGIMEN GENERAL.....	38
CONCLUSIONES	40
ANEXO I.....	43
ANEXO II.....	47
Bibliografía	50

ABREVIATURAS

Art./Arts.	Artículo/Artículos
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DA	Disposición Adicional
DD	Disposición Derogatoria
FJ	Fundamento Jurídico
LAP	Ley de la Autonomía del Paciente
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
MF	Ministerio Fiscal
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

Con la últimas reformas, la patria potestad se va acercando cada vez más al concepto de responsabilidad parental que se tiene en el derecho comparado. Aunque la reforma no ha sido tan radical como en otros países como Argentina, en nuestro país se va incorporando paulatinamente este concepto que implica que los hijos son sujetos de derecho en desarrollo, que pueden realizar actos por sí mismos sin necesidad del consentimiento de sus progenitores. Uno de los terrenos donde más controversias surgen acerca de si el menor de edad puede realizar actos sin contar con sus representantes es el ámbito sanitario.

Los debates sobre si las menores pueden abortar a partir de los dieciséis años, o sobre si un menor puede someterse a una cirugía estética, o el estudiadísimo caso del Testigo de Jehová menor de edad que se negó a que le realizaran una trasfusión de sangre; son ejemplos que muestran lo difícil que es decidir si el paciente menor de edad debería consentir determinados tratamientos médicos o si, en cambio, serán sus progenitores quienes deberían hacerlo. Un ejemplo muy reciente se produjo hace pocos días en Andalucía, cuando PSOE y Podemos se vieron obligados a llegar a un acuerdo para la elaboración de una Ley de identidad de género, debido a sus discrepancias sobre quién debe consentir el tratamiento hormonal a los menores transexuales. Además, si se decide elaborar una Ley de Identidad de Género a nivel nacional, no cabe duda de que esta discusión se volverá a producir.

Todos estos debates se han acentuado tras la reforma introducida por la Ley 26/2015 que ha restringido la autonomía de los pacientes menores en el ámbito del consentimiento informado. Es por ello que, en el presente trabajo, vamos a abordar el tema del consentimiento médico informado de los menores, con el objetivo de estudiar los cambios de esta reforma, conocer cuánta autonomía tiene actualmente el paciente menor en función a su madurez, y cuáles son los tratamientos médicos que el menor puede consentir por sí sólo sin necesidad de contar con el consentimiento de sus progenitores.

En primer lugar, comenzaremos analizando el régimen general el consentimiento médico informado, especialmente su regulación en la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente. Veremos el concepto que se da a esta institución y su estrecha relación con algunos derechos fundamentales como la integridad física y moral. Seguidamente,

haremos referencia a una breve evolución histórica tanto en el ámbito internacional como en el nacional, para concluir que la norma aplicable al tema objeto de este trabajo es la Ley de Autonomía del paciente; que continuaremos estudiando viendo cómo regula los elementos del consentimiento informado, sus límites y la figura del consentimiento por representación.

En segundo lugar, analizaremos la situación del menor de edad en el ámbito médico, empezando por dar una sucinta explicación de cómo se articula la protección del menor con carácter general. A continuación, estudiaremos quiénes son los encargados de representar al menor en el contexto médico y cuándo y cómo deben ejercer esta representación. El último punto de este capítulo se encarga de examinar la doctrina del menor maduro en el ámbito clínico y cuándo estamos ante un menor maduro.

En tercer lugar, nos centraremos en la regulación del consentimiento informado antes y después de la reforma de 2015. Para ello comenzaremos viendo cómo el régimen anterior otorgaba una mayor autonomía a los menores, especialmente en las situaciones de grave riesgo. Seguiremos analizando la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, que fue el principal motivo que impulsó esta reforma; y terminaremos estudiando la actual regulación del consentimiento informado de los menores y la regulación de algunos tratamientos a los que el legislador ha decidido dar un régimen específico.

Para realizar el presente trabajo, nos hemos centrado en la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente, especialmente su artículo 9, que es en el que se regula cuando los padres deben prestar el consentimiento informado de sus hijos menores o cuando pueden otorgarlo los propios menores de edad. También hemos tenido en cuenta lo que establece sobre este tema otras el Convenio de Oviedo, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y algunas leyes autonómicas sobre la materia. Además, hemos manejado la jurisprudencia sobre la materia, que resulta de gran interés.

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL

DEL CONSENTIMIENTO

MÉDICO INFORMADO

1.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

1.1- CONCEPTO

El consentimiento informado se configura en nuestro Ordenamiento Jurídico como un derecho que posee todo paciente y como un deber que todo profesional sanitario debe cumplir. Tal es la importancia de este derecho/obligación que la jurisprudencia lo considerara como un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* médica¹ cuyo incumplimiento puede causar la responsabilidad patrimonial de los sanitarios.²

En nuestra legislación la norma donde se consagra este derecho del paciente es 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;³ cuyos capítulos II y IV se encargan de regular tanto la información como el consentimiento que deben recibir y otorgar los pacientes.

El art. 2.2 LAP fija como principio básico que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, en general, el consentimiento del paciente que, una vez que haya sido debidamente informado, podrá elegir entre todas las opciones clínicas posibles o negarse a recibir cualquier tratamiento.

El art. 3 LAP establece la siguiente definición del consentimiento informado: *“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”*. De esta definición se deducen los siguientes requisitos que debe cumplir todo consentimiento informado para ser válido:

- Informado: El paciente tiene derecho a conocer toda la información disponible sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud que se le vaya a realizar.
- Libre y voluntario: Remitiéndonos a la teoría general de contratos, el art. 1265 CC establece que el consentimiento otorgado por error, intimidación, violencia o dolo será nulo.

¹ En este sentido la STS de 12 de abril de 2016 (RJ 2016/1334) afirma: *“Como con reiteración ha dicho esta Sala, el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la lex artis y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo(RJ 2003/3916); 23 de julio de 2003 (RJ*

² No obstante, como bien indica la STS de 9 de mayo de 2017 (RJ 2017/2167) para que surja responsabilidad patrimonial es necesario que, aparte de faltar el consentimiento informado, se produzca un resultado dañoso.

³ «BOE» núm. 274, de 15/11/2002.

- Capacidad: el paciente debe tener pleno uso de sus facultades, es decir, no estar incapacitado por sentencia judicial o poseer, a juicio del profesional sanitario, la suficiente aptitud cognitiva para entender la información y elegir entre las opciones que se le planteen.

1.2- RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

El consentimiento informado reviste carácter constitucional debido a su fuerte conexión con la dignidad humana, el libre ejercicio de la personalidad (art. 10.1 CE)⁴ y la integridad física y moral (art. 15 CE). De hecho, el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo que el derecho fundamental a la integridad física y moral posee una vertiente negativa que impide cualquier actuación médica sin consentimiento, salvo que se encuentre constitucionalmente justificada.⁵

Pese a la indiscutible relevancia constitucional del consentimiento informado, la doctrina no se muestra unánime en cuanto a su naturaleza jurídica. Mientras que algunos autores sostienen que el consentimiento informado es un auténtico derecho fundamental,⁶ otra parte de la doctrina no le otorga tal carácter y lo considera un derecho de la personalidad íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales.⁷ Los primeros se apoyan tanto en la jurisprudencia de nuestros Tribunales como en el hecho de que el consentimiento informado esté incluido en Tratados, Convenios y Cartas de ámbito internacional sobre derechos humanos. Los segundos se basan en que el consentimiento ni se encuentra mencionado entre los derechos fundamentales de los

⁴ Dice la STS de 4 de marzo de 2011 (RJ 2011/2633): “La falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisan las Sentencias de 2 de julio de 2002 (RJ 2002/5514) y 10 de mayo 2006 (RJ 2006/2399).”

⁵ Esta doctrina constitucional fue asentada en la STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37) y ya recientes sentencias como la STSJ Illes Balears de 31 de mayo de 2016 (JUR 2016/159478) han llegado a afirmar 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. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, 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”.

⁶ CORCHETE MARTÍN, María José, “El consentimiento informado: algunas apreciaciones conceptuales desde una perspectiva constitucional”, en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, p.79.

⁷ GONZALEZ LEÓN, Carmen, “La protección del paciente y el consentimiento informado”, *Lex Medicinæ. Revista portuguesa de Direito da Saúde* n°12, 2009, p.18.

artículos 14-29 CE, ni está regulado por Ley Orgánica, que es la forma exigida por el legislador constituyente para la regulación de los derechos fundamentales (art. 81 CE).

Otros autores han optado por una postura más intermedia, considerando al consentimiento informado como un derecho derivado del derecho fundamental a la integridad física y moral,⁸ cuyo incumplimiento puede ser reclamado por las vías del recurso de amparo.⁹

No sólo nuestra doctrina constitucional otorga al consentimiento informado relevancia constitucional, si no que en el ámbito europeo aparece expresamente recogido en el artículo 3.2 de La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰ (CDFUE) como una de las ramificaciones del derecho a la integridad de la persona. En cambio, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, redactado en Roma el 4 de noviembre de 1950¹¹ (CEDH) no incluye en su articulado la protección de la integridad física y moral, aunque la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha reconocido enmarcándola en la noción de vida privada, que se encuentra en el art. 8.1 CEDH.¹² En este sentido, ha señalado que realizar un tratamiento médico sin la aprobación del paciente adulto y sano atenta contra los derechos protegidos en el art. 8.1 CEDH.¹³

1.3- EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.3.1 ÁMBITO INTERNACIONAL

Desde el punto de vista de un profesional sanitario la relevancia que en el ámbito jurídico se ha reconocido al consentimiento informado puede resultarle extraña, pues el deber principal de éstos es buscar la curación del paciente y, en general, ellos conocen mejor que el paciente cómo hacerlo, al ser expertos en la materia.

⁸ Algo parecido a lo que ocurre con la libertad ideológica y la objeción de conciencia en la STC 160/1987, de 27 de octubre de 1987 (RTC 1987/160); o con el derecho a la intimidad domiciliaria frente al ruido, y los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.1 y 2 CE en la STC 150/2011, de 29 de septiembre de 2011 (RTC 2011/150).

⁹ MOURE GONZALEZ, Eugenio, “El consentimiento informado como derecho fundamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo”, *Diario La Ley* n° 7912, 2012.

¹⁰ «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403.

¹¹ «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570

¹² Véase la STEDH de 24 de febrero de 1998, caso Botta c. Italia (TEDH 1998/60).

¹³ STEDH de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido (TEDH 2002/23)

Esta concepción paternalista de la medicina en la que el paciente se ve como un menor inmaduro al que se debe guiar para conseguir su curación sin que él participe en el proceso médico¹⁴ se mantuvo desde el inicio de la medicina hasta mediados del siglo XX. Hasta tal punto llegó este paternalismo que cirujanos como HENRI DE MONDEVILLE (1260-1320) afirmaron: “*los pacientes deben, en todo lo que concierne al cuidado de sus enfermedades, obedecer a sus cirujanos; no deben oponerse a sus operaciones o a sus consejos, pues esto, además, desagrada a los cirujanos y los hace indiferentes, y la operación se torna peligrosa*”.¹⁵

Ya a principios del siglo XX encontramos un primer precedente de la nueva concepción antipaternalista de la medicina en el derecho anglosajón en los casos “Pratt vs Davis” (1909) y “Schloendorff vs Society of New York” (1914) en los que se requirió el consentimiento del paciente para determinadas intervenciones médicas. Sin embargo, no sería hasta 1957, con el caso “Salgo vs Leland Stanford Jr. University broad of Trustees” cuando realmente se consagró el consentimiento informado, por el cual no podía realizarse una intervención médica sin el consentimiento del paciente que había sido previamente informado.

La primera vez que se recogió este derecho en un texto fue en el Código de Núremberg de 1947, que, tras los experimentos con humanos de los nazis en los campos de concentración, exigía el consentimiento informado para la investigación con seres humanos. Este mismo año se promulga la Constitución de la República Italiana que, en su art. 32, consagra como derecho fundamental la inviolabilidad de la persona frente a toda intervención no consentida en su cuerpo. Tras estos hechos se produce una tendencia que limita el paternalismo médico y empieza a reconocer el derecho a la autodeterminación del paciente, destacando el importante papel que tiene que el paciente debidamente informado otorgue su consentimiento para cualquier intervención sobre su cuerpo.

Esta tendencia alcanzó su cenit en el Convenio del Consejo de Europa, 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, que

¹⁴ El juramento hipocrático considera a los médicos como un conjunto de hombres superiores a la sociedad.

¹⁵ Extracto obtenido de SARDINERO GARCÍA, Carlos, *Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico, criterios indemnizatorios*, Tirant monografías 1027, Valencia, 2016, p.30.

entró en vigor en España el día 1 de enero de 2000¹⁶, cuyo art. 5 establece que: “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento”. Este convenio inspiró a la CDFUE que incluyó en su art. 3 una referencia expresa al consentimiento informado como derecho.

1.3.2 ESPAÑA

En España una de las primeras referencias al consentimiento en los tratamientos médicos se recogió en la STS 10 de marzo de 1959, pero el desarrollo jurisprudencial fue escaso hasta la década de los años 90. A partir de esta fecha el consentimiento informado se consolida en la jurisprudencia como una institución del derecho.¹⁷

El primer precedente legislativo lo encontramos en la Orden de fecha 7 de julio de 1972, que en su art. 148.4 otorgaba al paciente el derecho a autorizar, bien directamente o a través de sus parientes más allegados, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que implicarán un riesgo notorio previsible, así como el derecho a ser advertidos del estado de gravedad de su salud. Más tarde surgió el RD 2082/1978, de 25 de agosto de 1978¹⁸ que en su art.13 fijaba la necesidad de recabar el consentimiento expreso y escrito del paciente antes de realizar intervenciones con graves riesgos o de las que necesaria o previsiblemente se derivaran mutilaciones permanentes.

El siguiente paso que se dio fue con la entrada en vigor de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹⁹, que en sus arts. 10.5 y 10.6²⁰, exigía a los médicos y facultativos proporcionar al paciente o sus familiares más próximos información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativa de tratamiento; así como obtener el consentimiento previo del paciente para cualquier intervención, salvo excepciones puntuales.

¹⁶ «BOE» núm. 251, de 20 de octubre de 1999, páginas 36825 a 36830

¹⁷ Vid., entre otras, las SSTs de 2 de febrero de 1993 (RJ 1993/793), 25 de abril de 1994 (RJ 19943073), 24 de mayo de 1995 (RJ 1995/4262), 31 de julio de 1996 (RJ 1996/6084) o 23 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6720), 2 de octubre de 1997 (RJ 1997/7405), 13 de abril de 1999 (RJ 1999/2583) y 4 de abril del 2000 (RJ 2000/3258), a las que se refiere PELAYO GÓNZALEZ-TORRE, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Editorial Comares, Granada, 2009, p.34.

¹⁸ Declarado nulo por el TS en 1982 en base a un defecto formal, ya que se había omitido un trámite esencial en su elaboración.

¹⁹ «BOE» núm. 102, de 29/04/1986.

²⁰ Derogados por la DD única de la LAP.

Finalmente, tras la entrada en vigor del convenio de Oviedo el 1 de enero de 2000 hacía necesaria una regulación que protegiera los derechos de los pacientes, la información sanitaria, la intimidad, el consentimiento informado y el contenido de la historia clínica. En este contexto algunas CCAA empezaron a regular estas materias, lo que dio lugar a diversas Leyes autonómicas como la Ley de Galicia 3/2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; o la Ley de Cataluña 21/2000 sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica. Pero, el paso más relevante en el intento de crear un nuevo marco jurídico en el ámbito biomédico español se produce con la promulgación 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; una regulación estatal en la que el paciente se vuelve el protagonista activo del proceso terapéutico y el consentimiento informado se erige como el principal criterio legitimador de la actividad médica.

2.- ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La configuración actual del consentimiento informado en la LAP incluye tanto la necesidad de que se cuente con voluntad del paciente para someterle a una intervención o tratamiento médico, como la obligación del médico de informar al paciente, para que pueda emitir su voluntad sin ningún vicio. Consentimiento e información se conciben como dos elementos correlativos que marchan indisolublemente unidos a la hora de configurar una decisión libre y consciente del paciente.²¹

2.1- INFORMACIÓN

El art. 4.1 LAP consagra el derecho que tiene todo paciente a conocer toda la información disponible sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud.

En principio, no se exige ninguna forma determinada para la validez de esta información, de hecho, el propio art. 4.1 LAP establece que la información se dará generalmente de forma escrita, pero dejando constancia en la historia clínica a meros efectos *ad probationem*²². No obstante, tanto el art. 4.2 LAP como la jurisprudencia han

²¹ PELAYO GÓNZALEZ-TORRE, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente...*, cit., p. 79.

²² Dice la STS de 21 de enero de 2009 (RJ 2009/1481): "La doctrina de esta Sala ha declarado con reiteración que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor "ad probationem" (SSTS 2 octubre 1997 (RJ 1997/7405); 2 noviembre 2000 (RJ 2000/9206); 2 de julio 2002 (RJ 2002/5514); 29 de julio de 2008 (RJ 2008/4638)), garantizar la

precisando la forma que debe revestir esta información que se debe proporcionar al paciente, de manera que:

- La información será veraz, excluyéndose la mentira incluso en los supuestos de diagnóstico fatal.
- La información será comprensible, se dará teniendo en cuenta el destinatario, adaptándola a su nivel intelectual y cultural, y evitando terminología técnica.
- La información será adecuada a las circunstancias personales del paciente (edad, estado de ánimo, etc.) y a la finalidad de la misma.
- La información será, englobando los tres puntos anteriores, exhaustiva.²³
- La información no será excesiva o ilimitada ya que de lo contrario podría contrarrestar la finalidad de la misma.²⁴

Como resumen, para establecer la forma de la información vamos a seguir la línea del Tribunal Supremo, que establece que: *“la información al paciente ha de ser puntual, correcta , veraz , leal , continuada , precisa y exhaustiva , es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen”*.²⁵

Siguiendo nuestro análisis, el art. 4.3 LAP establece que la información debe ser dada por los profesionales que atiendan al paciente durante el proceso asistencial, o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto. Además, como garantía de la información al paciente en cada centro se le asignará un médico responsable²⁶ encargado de cumplir, entre otras, esta función.

constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal”.

²³ La STS de 27 de abril de 2001 (RJ 2001/6891) fue la primera en establecer este requisito, que definió de la siguiente forma: *“la información habrá de ser exhaustiva, es decir que, en la comprensión del destinatario, se integre con los conocimientos suficientes a su alcance para entenderla debidamente, y también ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen”*

²⁴ En este sentido la STS de 5 de diciembre de 2012 (RJ 2013/641).

²⁵ SSTS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003/3916) y 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007/ 8427), entre otras.

²⁶ Definido en el art. 3 LAP como: *“el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales.”*

El titular de esta información es, conforme al art. 5.1 LAP, el paciente y las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que éste lo consienta de manera expresa o tácita. Como hemos visto, la información se adaptará a las circunstancias de cada paciente y, en el caso de que, a criterio del médico que le asiste, el paciente carezca de capacidad para entender la información, ésta se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él (art 5.3 LAP), o se limitará si se da la denominada *necesidad terapéutica*. En el art. 5.4 LAP se define la necesidad terapéutica como: “*la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.*”

Además, el paciente tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informado (art. 4.1 LAP), y ésta se hará constar documentalmente; pero el facultativo aún deberá recabar el consentimiento del paciente. Conforme al art. 9.1 LAP la renuncia está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso.

Como vemos, para obtener un consentimiento informado válido es necesario que al paciente se le proporcione la información suficiente para que pueda tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses. Esta información variará dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso, como el tipo de tratamiento, la edad y profesión del paciente o su capacidad intelectual, y será el médico responsable o los profesionales que le atiendan durante el proceso quienes decidan qué información es necesaria.

No obstante, tanto el art. 10 LAP como la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁷ ayudan en la tarea de fijar el contenido mínimo que debe tener la información. Concretamente, el art. 10.1 LAP especifica como información básica que debe proporcionarse al paciente la siguiente: “*a) las consecuencias seguras y relevantes*

²⁷ La STS 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5649) resume la jurisprudencia relativa al contenido del consentimiento informado de la siguiente manera: “*El consentimiento informado, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros riesgos que no tienen un carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SSTS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10164), 17 de abril de 2007 (RJ 2007/3541), y 30 de abril de 2007 (RJ 2007/2397)).*”

derivadas de la intervención, b) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, c) los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención, d) las contraindicaciones.”

Siguiendo con el contenido de la información, la legislación autonómica sobre la materia²⁸ ha sido más exhaustiva que la LAP, al incluir en la mayoría de sus textos, como contenido mínimo de la información, los siguientes datos: la identificación y descripción del procedimiento, el objetivo del mismo, los beneficios que se esperan alcanzar, las alternativas razonables, las consecuencias previsibles de su realización, las consecuencias de la no realización del procedimiento, los riesgos frecuentes, los riesgos poco frecuentes cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo de acuerdo con el estado de la ciencia, los riesgos personalizados en función de la situación clínica del paciente y las contraindicaciones.²⁹

Por último, matizar que la información que se tiene que dar ha de ser mucho más exhaustiva en los casos de medicina satisfactiva o voluntaria que en los de medicina curativa³⁰. Esto es así debido al mayor margen de libertad de decisión que tiene el paciente a la hora de afrontar los riesgos de la intervención y sus consecuencias en la medicina voluntaria.

2.2- CONSENTIMIENTO

El art. 8.1 LAP establece que una vez recibida la información a la que nos acabamos de referir, para realizar cualquier actuación en el ámbito de salud de un paciente se necesita su consentimiento libre y voluntario.

Como regla general la información se proporcionará verbalmente (art. 4.1 LAP) y el art. 8.2 LAP especifica que el consentimiento también será verbal; pero a continuación establece una enumeración de casos en que el consentimiento ha de prestarse por escrito: *“intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores*

²⁸ Arts. 27 y 29 Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura; art. 34 Ley 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León; art. 16 Ley 5/2010, de 24 de junio, de Castilla-La Mancha; y art. 11 Ley 1/2003 de 28 de enero, de la Comunidad Valenciana.

²⁹ SARDINERO GARCÍA, Carlos, *Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico, criterios indemnizatorios*, Tirant monografías 1027, Valencia, 2016, p. 144.

³⁰ Véanse las SSTs de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017/583); de 3 de febrero de 2015 (RJ 2015/641); de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/5789); ó de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005/8547), entre otras.

y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

El consentimiento es temporal y revocable, y en este sentido se expresa el art. 8.5 LAP cuando establece que el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

No cabe duda de que el consentimiento debe ser recabado antes de ser llevado a cabo el tratamiento y subsistir durante la realización del mismo³¹. Sin embargo, la LAP no se encarga de establecer ningún límite temporal para que el paciente que recibe la información pueda valorarla, deliberar sobre ella, y así poder emitir un consentimiento sin los posibles vicios que acarrea la inmediatez en la toma de decisiones. Algunas leyes autonómicas sí se han encargado de regular este requisito, entre las que destaca la Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (art. 11.2), que además de exigir que se informe con una antelación suficiente, fija que la información se deberá dar 24 horas antes del tratamiento, salvo en los casos de urgencia³².

El contenido del consentimiento tiene que adecuarse a las exigencias del tratamiento que se consiente; no siendo válido un consentimiento genérico que permita al médico realizar cualquier intervención sin una conformidad previa y sin tener en cuenta las condiciones de cada caso.³³ Además, el médico tiene que informar, si es posible, de cualquier cambio en la evolución del tratamiento aunque ya exista un consentimiento previo para realizar una intervención.

El consentimiento lo otorgará, como regla general, el paciente al que se le vaya a realizar la intervención médica. No obstante, se exige tener capacidad para prestar el consentimiento, por lo que en ciertos supuestos previstos en el art. 9.3 LAP será necesario otorgar el consentimiento por representación, lo que implica que el consentimiento lo prestará el representante legal del paciente y a falta de éste sus familiares o personas vinculadas de hecho. Fuera de estos casos, debe prevalecer la presunción general de capacidad de las personas que se extrae del art. 199 CC cuando

³¹ JORGE BARREIRO, Agustín, “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *Cuadernos de Política Criminal n° 16*, 1982, p. 24.

³² Otras leyes autonómicas también exigen una antelación suficiente para dar la información y que el paciente pueda deliberar, pero no fijan ningún límite temporal. Entre ellas destacamos la Ley 8/2003 de Castilla y León (art. 17.3), la Ley 5/2010 de Castilla –La Mancha (art. 3), la Ley 3/2001 de Galicia (art. 8.3), la Ley 3/2005 de Extremadura (art. 4.4) o la Ley 17/2010 de Navarra (art. 49.7).

³³ En este sentido las SSTS de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007/7321) y de 30 de septiembre de 2009 (RJ 2009/5481).

señala que: *“Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”*.

El paciente puede decidir no dar su consentimiento y en este caso su voluntad debe ser respetada, excepto en los casos previstos en la Ley, de conformidad con el art. 2.4 LAP. El médico hará constar la negativa al tratamiento por escrito e informará al paciente de otros tratamientos alternativos, si los hubiera. Si el paciente se negara a recibir todos los tratamientos posibles, el art. 21.1 LAP establece que se le dará a firmar el alta voluntaria, y si también se niega a esto el médico responsable propondrá a la dirección del centro que se le dé el alta forzosa.

3.- LÍMITES AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Existen ciertos casos en los que la LAP ha exceptuado la necesidad de recabar el consentimiento informado previo del paciente, debido a la urgente necesidad de realizar el tratamiento o al peligro que puede suponer para terceros su no realización. Estos casos están tasados en el art. 9.2 LAP y son los siguientes:

- *Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. Esta excepción hay que relacionarla con la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública³⁴ y las medidas excepcionales que contienen sus arts. 2 y 3 para los casos de existencia de enfermedades transmisibles.*
- *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 él³⁵. La jurisprudencia ha resaltado que en estos casos es necesario que se den tres requisitos: situación de urgencia, inmediatez y gravedad³⁶.*

³⁴ «BOE» núm. 102, de 29 de abril de 1986, páginas 15207 a 15207

³⁵ Este límite lo podemos observar en el art. 8 del Convenio de Oviedo: *“Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada.”*

³⁶ Señala la STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37): *“Asimismo, no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad”*. Y en esta idea insisten las SSTs de 26 de marzo de 2012 (RJ 2012/5102) y de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013/611), o la STSJ de la Comunidad Valencia, de 25 de octubre de 2013 (JUR 2014/11498) y la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 15 de septiembre de 2015 (JUR 2015/232243), entre otras.

Junto a estos supuestos en los que se prevé que no es necesario obtener el consentimiento informado de un paciente; la LAP también fija limitaciones a la hora de dar la información al paciente, como en el caso de la renuncia a recibir información (art. 4.1 LAP) o en el supuesto del estado de necesidad terapéutico (art.5.4 LAP).

4.-EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

Como regla general, el consentimiento lo otorgará el paciente al que se le vaya a realizar la intervención médica; sin embargo, en ciertos supuestos la LAP contempla el denominado consentimiento por representación, que se refiere esencialmente a los menores e incapaces. En concreto, el art. 9.3 LAP se refiere a los siguientes casos:

- *Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*
- *Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.*
- *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.*

Podemos observar que todos estos supuestos buscan que no se otorgue un consentimiento sin la capacidad suficiente, evaluándola a través de los criterios legales tradicionales: el criterio cognitivo (que valora el hecho de que en el momento en que se deba evaluar la actuación de que se trate se posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos) y el criterio volitivo (que el individuo goce de la libertad de su voluntad, es decir, de la facultad de poder escoger entre las diversas opciones de conducta que se le plantean y que pueda determinar libremente la potencia de su voluntad).³⁷ Se emplean conceptos funcionales de capacidad, aunque su definición es necesariamente inconcreta,

³⁷ GUERRERO ZAPLANA, José, *el consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia: Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 81

pues en una Ley no pueden preverse todos los factores, rasgos y parámetros que deben ser valorados en cada caso, por lo que LAP contempla un criterio valorativo general.³⁸

A consecuencia de depender de las circunstancias concretas de cada caso no pueden existir criterios o estándares puramente cuantitativos que permitan al médico responsable de la asistencia una evaluación de la capacidad. Aún así, se han intentado crear test y herramientas para evaluar la capacidad³⁹, pero hoy en día no encontramos un protocolo general con el que los sanitarios puedan guiarse. En este trabajo se incorpora como Anexo I el método de evaluación de capacidad que propone la guía del consentimiento informado de la Junta de Castilla y León.

Los arts. 9.6 y 9.7 LAP dan las pautas en los supuestos en los que se ha de otorgar un consentimiento por representación. En estos casos, el paciente deberá participar en la toma de decisiones en la medida que sea posible (art. 9.7 inciso 2º LAP), y la emisión del consentimiento se hará siempre en su interés y respetando su dignidad personal (art. 9.7 inciso 1º LAP), atendiendo al mayor beneficio para su vida o salud (art. 9.6 inciso 1º LAP). Si se toma una decisión contraria al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, ésta deberá comunicarse al Ministerio Fiscal para que se lo comunique a la autoridad judicial y que tome la resolución correspondiente (art. 9.6 inciso 2º LAP). Si no es posible recabar la autorización por cuestiones de urgencia los profesionales sanitarios podrán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente, pudiendo ampararse en las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (art. 9.3 inciso 3º LAP).

³⁸DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *problemas del consentimiento por representación*, Fundació Victor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, p. 47.

³⁹ El test de capacidad de Roth, Meisel y Lidz de 1977; los cuatro criterios de evaluación de capacidad de PS Appelbaum y Loren Roth de 1982; el MacArthur Competence Assessment Tool de 1988; o las áreas cognitivas relevantes para una evaluación adecuada de un paciente según Freedman, Stuss y Gordon de 1991 o las recomendaciones de la British Medical Association & the Law Society son algunos de los primeros intentos de elaborar un protocolo de evaluación de la capacidad de los pacientes.

CAPÍTULO II

EL MENOR EN EL

ÁMBITO SANITARIO

1.- PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

Antes de estudiar la situación del menor en el ámbito médico, resulta conveniente hacer referencia a cómo está articulada con carácter general la protección que el ordenamiento jurídico le otorga.

En el plano internacional, los principales textos que consagran la protección de los menores de edad son la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 y la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989⁴⁰. En estos textos se establecen los pilares en los que se inspira la protección de los menores: los menores son titulares de derechos fundamentales, el interés superior del menor prevalecerá en cualquier relación jurídica y los menores no son incapaces sino que tienen una capacidad progresiva. A partir de esta última idea, se fija la doctrina del *menor maduro* que parte de la premisa de que el menor adquiere la capacidad de tomar decisiones de una manera progresiva y podrá ejercer por sí mismo determinados derechos de la personalidad y algunos derechos fundamentales sin el consentimiento de sus representantes legales si cuenta con la madurez necesaria para entender sus consecuencias.

En el plano europeo, estas ideas se reproducen en la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992⁴¹ y en el art. 24.2 CDFUE. Asimismo, se plasma el interés superior del menor en el Reglamento 2201/2003⁴² a la hora de fijar la competencia judicial internacional en materia matrimonial y responsabilidad parental. También existen otros instrumentos a través de los cuales la UE busca la protección de los menores como la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

En el plano nacional, el art. 39 CE presenta la protección del menor como un deber para los poderes públicos y para la familia remitiéndose a los acuerdos internacionales para fijar el contenido de esta protección. Con la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código

⁴⁰ «BOE» núm. 313, de 31/12/1990.

⁴¹ «DOCE» n° C 241

⁴² Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. Ref. «DOUE» núm. 338, de 23 de diciembre de 2003, páginas 1 a 29.

Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴³ (LOPJM) se introduce un amplio catálogo de derechos de los menores (arts. 3-9) así como una serie de preceptos que vinculan de forma directa a los poderes públicos para que busquen la protección de los menores (arts. 10-35).

En el articulado la LOPJM se recoge la idea del interés superior del menor como un principio prioritario sobre cualquier otro interés legítimo de nuestro ordenamiento⁴⁴; aunque este principio ya estaba presente en nuestro ordenamiento debido a la influencia de los Convenios Internacionales.

Concretamente, el art. 2 LOPJM establece que: “*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado*”. Acto seguido, el mismo artículo menciona una serie de criterios y elementos de ponderación de este criterio,⁴⁵ que permiten una mejor interpretación y aplicación del interés superior del menor en cada caso concreto. Del estudio de este principio se deduce que el interés superior del menor es un concepto jurídico relativamente indeterminado y, por lo tanto se trata de un principio flexible que atiende a las circunstancias concretas de cada caso, de manera que se manifiesta en constante evolución. De acuerdo con ello, presenta una difícil determinación en abstracto, por lo que debe ser apreciado *in concreto* en el caso específico, para la consecución de medidas eficaces e igualitarias. Habida cuenta de la heterogeneidad de supuestos en los que interviene el principio, se ha configurado con carácter universal y sin especificidad en contenido.⁴⁶

2.- LA REPRESENTACIÓN EN LA MINORÍA DE EDAD

Si un menor no tiene capacidad suficiente para prestar el consentimiento serán sus representantes legales quienes deban darlo. En el ámbito de la salud, la LAP establece que en estos casos el consentimiento se prestará por *representación* y que, para el caso

⁴³ «BOE» núm. 15, de 17/01/1996.

⁴⁴ Por ejemplo, en la STC 16/2016, de 27 de abril de 2016 (RTC 2016/16) se reconoce por primera vez en un caso de sustracción de menores que el interés superior del menor está por encima de la pugna por su custodia, y se debe valorar siempre la situación de integración en el nuevo medio donde viva el menor. Otro ejemplo de la prioridad del principio del interés superior del menor lo encontramos en la STC 23/2016, de 15 de febrero de 2016 (RTC 2016/23) donde prevalece el interés del menor frente al derecho de la acusación particular a la tutela judicial efectiva y no sufrir indefensión.

⁴⁵ Incorporados por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, ya se están utilizando en nuestra jurisprudencia en sentencias como las SSTS de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016/249) o de 31 de marzo de 2016 (RJ 2016/4288).

⁴⁶ BLASCO IGUAL, María Clara, AÑÓN ROIG, María José (directora de la tesis), *Consentimiento informado, madurez del menor de edad y derechos humanos*, Universitat de València, 2015, p.91.

de los menores, corresponderá prestarlo a los padres que ostenten la patria potestad (arts. 154 y 162 CC) y a falta de éstos el tutor del menor (arts. 222 y 267 CC).⁴⁷ El defensor judicial actuará en los casos previstos en el art. 299 CC.

Gran parte de la doctrina considera que, para los casos en que los padres o tutores otorgan el consentimiento de sus hijos o tutelados, el uso del término *consentimiento por representación* que emplea el art. 9 LAP no resulta acertado, ya que los padres no consienten en virtud de la representación que ejercen (su consentimiento no expresa indirectamente la voluntad del menor o el incapacitado), sino en virtud de su deber de protección y tutela.⁴⁸

Al ser el consentimiento informado un derecho de la personalidad, los arts. 162.1 y 267 CC coinciden con el art. 9.3 c) LAP en que el menor podrá ejercerlo de acuerdo con su madurez. La legislación civil ha optado por el criterio de la capacidad natural para el ejercicio de los derechos de la personalidad, es decir, si el menor tiene una capacidad suficiente para entender el alcance y las consecuencias de su decisión no será necesaria la intervención de sus representantes legales.

La forma de ejercer esta representación será siempre a favor del interés del menor de edad, de acuerdo con su personalidad y respetando sus derechos, integridad física y psicológica (arts. 154 y 268 CC). El art. 9.6 LAP incide en que la decisión que adopte el representante se hará atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente⁴⁹. No obstante, para valorar la forma de ejercer la representación de un menor siempre debemos tener en cuenta el principio del interés superior del menor consagrado en la LOPJM que, como sabemos, es diferente en cada caso particular. Esta regulación parece indicar que, a la hora de dar un consentimiento en representación del menor de edad en el ámbito médico, deben tenerse en cuenta tanto el mayor beneficio para la vida y la salud del paciente como el interés superior del menor.

El art. 9.1 LOPJM (vía art. 9.3 LAP), en consonancia con el art. 154 CC, establece que

⁴⁷ La figura del curador (art. 286 CC) no cabe en el consentimiento informado, pues como veremos los menores emancipados no necesitan representantes para emitir su consentimiento (art. 9.4 LAP) y los demás supuestos en que se prevé la curatela no limitan la capacidad de emitir un consentimiento informado.

⁴⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Problemas del consentimiento informado por representación*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2010, p. 39. Véase también LÓPEZ-CHAPA Sara, *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*. Barcelona, Bosch, 2007, p. 120; y PARRA LUCÁN, María Ángeles, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», en *Aranzadi Civil* 1-2003, pp. 1901 y ss.

⁴⁹ Este es uno de los criterios a tener en cuenta a la hora de decidir cual es el interés superior del menor en un caso concreto, que aparece en el art. 2.2 a) LOPJM.

el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna a la hora de dar el consentimiento informado, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. El citado precepto destaca la idea de que se le informará en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias, a la que también se refiere el art. 5.2 LAP respecto a la información a suministrar al paciente, y a la que ya nos referimos. Todos estos artículos tienen por objetivo que el menor pueda participar en la toma de decisiones en función de su capacidad.

En conclusión, la representación legal de los menores de edad a la hora de dar el consentimiento informado para un tratamiento médico corresponde a sus padres en el ejercicio de la patria potestad, y a falta de éstos a su tutor. Esta representación se ejercerá buscando el mayor beneficio para la salud y la vida del paciente, así como el interés superior del menor, circunstancias que se ponderarán caso por caso. La representación sólo podrá ejercerse cuando el menor no goce de la capacidad natural suficiente, y aún cuando no goce de ésta tiene que ser oído en función de su madurez ya que los menores tienen derecho a participar en la toma de decisiones que les afecten.

3.- EL MENOR MADURO EN EL ÁMBITO MÉDICO

A la hora de establecer los límites sobre cuando un menor puede ejercer determinados derechos de su personalidad, como el consentimiento informado, el legislador puede optar por varias fórmulas: a) establecer un límite objetivo de edad a partir de la cual se considera a un menor de edad con capacidad suficiente para ejercer el derecho (por ejemplo, el art. 315 CC establece la mayoría de edad con carácter general en los dieciocho años⁵⁰); b) establecer límites subjetivos que consisten en considerar que el

⁵⁰ A pesar de este límite, la edad no recibe un trato unitario en nuestra legislación. La STS de 28 de marzo de 2017 (RJ 2017/1786) así lo declara y pone un amplio listado de ejemplos; en concreto dice su FJ 4º: *“El estatuto jurídico del menor conformado a partir del Código Civil y la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (recientemente reformados ambos textos por la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), invitan a entender, como dijimos en la sentencia que acabamos de citar, que el acceso a la dispensa de declarar que incorpora al artículo 416.1 LECrim no está supeditado a la mayoría de edad. El menor tiene derecho a ser oído y a que su opinión se tome en consideración en función de su edad y su madurez.*

No es fácil fijar una edad a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez. Dentro del marco general que delimitan el artículo 162 CC, que reconoce a los menores capacidad por sí mismos para los actos relativos a sus derechos de la personalidad en el momento en que adquieran suficiente madurez; y los artículos 152 CC, 2 y 9 LORJM que proclaman el derecho de los menores a ser oídos y a que se tomen en consideración sus opiniones en función de su edad y grado de madurez, el déficit de capacidad derivado de la minoría de edad no goza de un tratamiento unitario en nuestro sistema legal.

Así, con 12 años el menor no solo ha de ser necesariamente oído en los procedimientos de separación y divorcio de sus progenitores (artículo 700 LEC), sino que también a partir de esa edad biológica el menor ha de consentir su adopción (artículo 177 CC). Los mayores de 14 años pueden testar (artículo 663 CC), y el de 16 años se puede consentir la emancipación y el emancipado, a su vez, puede contraer matrimonio (artículo 317 y 46 CC).

El consentimiento previsto en el artículo 9 de la Ley reguladora de la autonomía del paciente, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, corresponde al mayor de 16 años que no tengan su capacidad modificada

menor será capaz si se aprecia que tiene suficiente madurez para comprender el alcance y significado de la decisión que va a adoptar (por ejemplo, el art. 3.1 de la LO 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁵¹); o c) establecer un juego de presunciones iuris tantum por las que el menor, a partir de una determinada edad, puede realizar ciertos actos (porque se le presume con capacidad suficiente para hacerlo), salvo prueba en contrario.

En el ámbito sanitario el art. 9.4 LAP parece consagrar este último sistema al establecer una presunción de capacidad a partir de los dieciséis años, salvo que se aprecie que el menor no es maduro o se trate de actuaciones de grave riesgo.

Esta presunción se basa en aplicando la doctrina del menor maduro,⁵² que se viene desde hace años, y se recoge en el art. 9.3 c) LAP, según la cual el menor de dieciséis años también puede otorgar el consentimiento informado, porque se presume que es capaz de comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención a la que presta su consentimiento, salvo que se demuestre que no tiene madurez para ello. Esta doctrina se apoya en el art. 2.1 párrafo 2 LOPJM cuando establece que las limitaciones de la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva, y en el art. 2.2 b) LOPJM cuando otorga al menor el derecho a participar progresivamente, de acuerdo con su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

No obstante, en situaciones de grave riesgo para la vida o salud del paciente menor de edad, el legislador ha optado por establecer el límite objetivo general de dieciocho años y, aunque el menor sea maduro, se necesitará que sus representantes legales otorguen el consentimiento por representación. Esta decisión se debe a que en estos supuestos prima el derecho a la vida y a la salud del menor frente al derecho de autodeterminación y de libre desarrollo de la personalidad.

judicialmente y sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, salvo en caso de actuaciones de grave riesgo para su vida e integridad, supuestos estos en los que en todo caso habrá de manifestar su opinión.

Por su parte, el Código Penal, tras la reforma operada por la LO 1/2015 reconoce a los mayores de 16 años capacidad para consentir libremente relaciones sexuales, aunque en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y los relativos a la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de menores, el dintel cronológico de protección se eleva a la mayoría de edad.

Bastan los ejemplos expuestos para ilustrar por qué decíamos que la edad no recibe un tratamiento unitario en nuestro ordenamiento jurídico. ”

⁵¹ «BOE» núm. 115, de 14/05/1982

⁵² En el ámbito clínico se conoce como Gillick competence a esta doctrina por la cual el menor de edad puede consentir en determinadas intervenciones médicas de forma válida de acuerdo con sus condiciones subjetivas, es decir, si alcanza un determinado grado de madurez entendida como la capacidad para entender y querer. Se le dio este nombre tras la sentencia del caso *Gillick vs. el departamento de salud de West Norfolk y Wisbech de 1985*.

Al igual que ocurre con la capacidad de los pacientes, no encontramos un protocolo o un estándar que permita valorar la capacidad de los menores. Sin embargo, se han intentado elaborar algunos criterios que pueden ser útiles en la práctica⁵³. En concreto, podemos destacar los siguientes criterios para valorar la capacidad de decisión del menor:⁵⁴

- Una valoración aplicada, más relacionada con el ámbito legal y que consiste en la valoración de la capacidad del paciente para entender la información y poder tomar una decisión. Este punto es muy similar al análisis de la capacidad de los adultos que ya estudiamos, por lo que se pueden utilizar los criterios ya vistos, como las recomendaciones de la British Medical Association & the Law Society.
- Una valoración moral, que estudia la madurez del menor desde el punto de vista del desarrollo del pensamiento ético y moral. Para esta valoración la Universidad de Lleida ha desarrollado un test de fácil aplicación basado en los dilemas morales de Kohlberg con respuestas pre-convencionales y post-convencionales.
- La gravedad de la decisión, pues cuanto más grave sea requerirá una madurez más alta y mayor participación de los representantes. En esta ocasión se recomienda la escala móvil de competencia de James Drane.
- Hay que tener en cuenta otros factores externos como la urgencia de la situación o los factores culturales que puedan influir al menor. En este sentido puede utilizarse la síntesis de la valoración de la competencia de Pearce.

En conclusión, en el ámbito del consentimiento médico informado el límite de la minoría de edad de dieciocho años establecido el art. 315 CC cede cuando el menor de edad tiene la madurez y capacidad suficiente para comprender todas las consecuencias del acto que se le va a realizar; existiendo una presunción de esta capacidad a partir de los dieciséis años. Como ya señalamos, no existe una teoría objetiva que nos permita apreciar cuando un menor es lo suficientemente maduro o no para poder consentir un tratamiento, dado que la valoración de esta capacidad requiere apreciar las circunstancias de cada caso.

⁵³ Incorporamos un anexo II a este trabajo donde se explican mejor los criterios y los test que se exponen.

⁵⁴ Previstos en ESQUERDA ARESTÉ, M.; MIQUEL FERNÁNDEZ, E.; y PIFARRÉ PARADERO, J., “La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven”, *Anales de Pediatría Continuada Vol. 11 n° 4*, 2013, págs. 204-211.

CAPÍTULO III

EL CONSENTIMIENTO

MÉDICO INFORMADO

DEL MENOR DE EDAD

1.-RÉGIMEN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES

1.1- ANTES DE LA REFORMA DE 2015

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵⁵ modificó el número 3 del art. 9 LAP⁵⁶ y el número 5 de este mismo precepto.⁵⁷ Este artículo recogía un sistema en el cual los mayores de dieciséis años gozaban de plena capacidad para prestar ellos mismos un consentimiento informado, sin que fuera necesario acudir al consentimiento por representación.⁵⁸ No obstante, si la actuación era de grave riesgo se tenía que informar a los padres y su opinión sería tenida en cuenta [antiguo art. 9.c) párr.2 LAP].

Los menores de dieciséis años sólo podían prestar su consentimiento informado cuando, a juicio del médico responsable,⁵⁹ contarán con la capacidad funcional de consentir, es decir, que comprendieran el alcance de la intervención intelectual y emocionalmente [antiguo art. 9 c) párr.1 LAP]. Esta posibilidad de que el menor fuera maduro sólo era posible si el menor tenía entre doce y dieciséis años⁶⁰, ya que se interpretaba que cuando la LAP establecía que el menor debía ser oído a partir de los doce años, este era el umbral mínimo.⁶¹ Sin embargo, algunos autores consideraban que el umbral mínimo debe estar a los catorce, basándose en los estudios médicos sobre la materia,⁶² y otros autores estimaban que la doctrina del menor maduro no debería aplicarse por debajo de

⁵⁵ En vigor desde 18 de agosto de 2015

⁵⁶ El art. 9.3 c) LAP establecía lo siguiente: “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 si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, 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.”

⁵⁷ El art. 9.5 LAP decía: “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.”

⁵⁸ El art. 317 CC fija que para poder emanciparse es necesario haber cumplido los dieciséis años de edad, por lo cual cualquier menor que supere esta edad tiene esta presunción de capacidad para prestar el consentimiento. La mención específica a los emancipados del art. 9.3 c) LAP se hace para que en caso de actuación de grave riesgo, los padres sean informados y su opinión sea tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

⁵⁹ El art. 9.3 c) LAP no hace mención expresa a quién debe valorar esta capacidad, pero la doctrina entendía implícitamente extendida la mención que se hace en el art. 9.3 a) LAP a que será el médico responsable quien lo valore. A pesar de que esta es la interpretación mayoritaria hay un sector de la doctrina que cree que deben valorarla los padres o tutores y en su defecto el Juez.

⁶⁰ Algunos autores consideraban que la LAP no establecía un umbral mínimo de edad para considerar a un menor maduro. En este sentido véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Problemas del consentimiento informado por representación*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2010, p. 49

⁶¹ Las guías del consentimiento informado de Castilla y León, Barcelona y La Rioja elaboradas por las comisiones de bioética de cada comunidad establecen que sólo podrá considerarse a un menor maduro si tiene entre doce y dieciséis años.

⁶² OJEDA RIVERO, Rafael, “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, *Indret, revista para el análisis del derecho* n^o3, Barcelona 2015, p. 9.

los dieciséis años.

Creemos que, de acuerdo a la anterior redacción del artículo 9 LAP, si el menor de dieciséis años no era maduro debía darse el consentimiento por representación. En este caso la decisión del representante debía ser adecuada a las circunstancias, proporcionada a las necesidades que hubiese que atender y siempre en beneficio del paciente (antiguo art. 9.5 LAP); pero estos criterios no eran suficientes para determinar la actuación de los representantes, pues en la práctica podían surgir casos en los que no se sabía cual era la opción que más beneficiaba al paciente.

DOPICO⁶³ explica algunos criterios de decisión mucho más completos partiendo de las diferentes actuaciones que puede llevar a cabo el representante. Estas actuaciones pueden ser:

- *Conforme a las valoraciones subjetivas del tercero decisor.* En este caso el representante opta por la decisión que el quiere imponer, sin tener en consideración ninguna otra circunstancia. Esta opción no es válida para dar un consentimiento por representación ya que no siempre actuara en beneficio del menor; si no que lo hará en beneficio del representante.
- *Conforme a lo que el paciente hubiera decidido en caso de poder formular su decisión.* También conocido como substituted judgement consiste en seguir un testimonio de voluntad anticipada o la voluntad hipotética de un paciente que pudiera otorgar consentimiento. Para el caso de los menores no maduros no cabe aplicar este criterio, pues si no poseen capacidad para tomar una decisión, tampoco podrán anticiparlo o que alguien lo reconstruya mediante razonamiento hipotético. Para los menores maduros, al no poder dar el documento de instrucciones previas,⁶⁴ se hace muy difícil que pueda otorgar una voluntad anticipada, por lo cual sólo podrá utilizarse su voluntad hipotética.
- *Conforme a una ponderación objetiva de las opciones médicamente indicadas para la vida y salud del paciente.* Es el llamado criterio del best interest y consiste en tomar la decisión que sea más beneficiosa para la vida o salud del paciente; es decir, la decisión que cure, salve o perjudique menos al paciente.

Vistos los distintos criterios para actuar en representación de los menores, el citado autor y gran parte de la doctrina concluyen que en estos casos de pacientes menores de

⁶³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Problemas del consentimiento informado por representación*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2010, p. 55-72.

⁶⁴ El art.11 LAP establece que sólo podrá redactar un documento de instrucciones previas válido los mayores de edad capaces y libres.

edad los representantes legales deben actuar conforme al estándar del best interest. Esta decisión de actuar buscando el mayor beneficio para la salud o la vida del paciente se apoyaba en el interés superior del menor.

En conclusión, antes de la reforma operada por la Ley 26/2015 los mayores de dieciséis años eran los que otorgaban el consentimiento informado; mientras que los menores sólo podían darlo si tenían más de doce años y a juicio del médico eran menores maduros. En los demás casos correspondía a los representantes legales otorgar el consentimiento por representación en base al criterio del mejor interés para la salud o vida del menor.

La redacción de estos preceptos causó muchos problemas en la práctica, sobre todo en las situaciones en las que nos encontrábamos ante una intervención médica con riesgo grave para la salud de un menor de edad. En estas situaciones pueden surgir conflictos de intereses entre la vida y salud del menor de edad y su autonomía para decidir, a los que la LAP no otorgaba ninguna solución.⁶⁵ El ejemplo más clásico de estos conflictos es el de los Testigos de Jehová que, por motivos religiosos, rechazan las transfusiones de sangre⁶⁶.

1.2 LA CIRCULAR 1/2012 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La Exposición de motivos de la Ley 26/2015 que reformó algunos preceptos de la LAP dice en su punto VI: *“La Ley de la Autonomía del Paciente es reformada en la disposición final segunda incorporando los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado 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. Esta Circular postula en sus conclusiones la necesaria introducción del criterio subjetivo de madurez del menor junto al objetivo, basado en la edad. Este criterio mixto es asumido en el texto legal”*. Vemos en esta exposición de motivos que el principal motivo para realizar esta modificación era incorporar los criterios de la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, que vamos a analizar

⁶⁵La STC 154/2002, de 18 de julio de 2002 (RTC 2002/154) es un ejemplo de como pueden surgir estos conflictos en situaciones de riesgo y de cómo se trataban estos conflictos antes de la reforma. En ella un niño de 13 años, hijo de testigos de Jehová de trece años se cayó de una bici y era necesario hacerle una transfusión de sangre, a lo que tanto los padres como el hijo se negaron. El centro médico acudió a la autoridad judicial que permitió la transfusión; pero no se le realizó por el terror del menor. Los padres acataron la decisión judicial pero ante la negativa del hijo buscaron soluciones alternativas en otros centros. Cuando la situación se volvió crítica se le realizó la transfusión merced a nuevas intervenciones judiciales, pero ya era demasiado tarde y el menor falleció. Los padres fueron acusados por homicidio en comisión por omisión por el TS, pero el TC consideró que esta condena vulneraba el derecho a la libertad religiosa.

⁶⁶Ejemplos de estos casos son la ya mencionada STC 154/2002, de 18 de julio de 2002 (RTC 2002/154) o la STC 166/1996, de 28 de octubre de 1996 (RTC 1996/166), aunque esta última no versa sobre menores.

en este punto.

La Circular 1/2012 surge debido a la oscuridad que presentaba el art. 9 LAP cuando existían conflictos de intereses ante intervenciones sanitarias graves en el ámbito del triángulo de menor-representantes-facultativos que se forma cuando hay una relación médica; pues no se fijaban criterios claros acerca de cómo actuar ante estas situaciones. La situación en la práctica era la siguiente:

- La autoridad competente era la autoridad judicial en base al art 158.4º CC (actual art. 158.6º CC) y en algunas legislaciones autonómicas.⁶⁷ El Ministerio Fiscal estaba legitimado para iniciar el procedimiento y su intervención es preceptiva en base a los arts. 124 CE y 3.7 del Estatuto Orgánico del MF que le encomiendan intervenir en procesos cuando puedan afectar a menores.
- En el aspecto procesal la DA 1ª LOPJM indicaba que para adoptar las medidas previstas en el art. 158 CC se incoara un procedimiento de jurisdicción voluntaria.
- Las soluciones que se podían tomar están expuestas en el punto anterior de este trabajo; en el que concluíamos que se aplicaba el criterio de buscar la solución que más beneficie a la salud o la vida del menor.

Los criterios que utiliza la Fiscalía en esta Circular están inspirados en el principio del interés superior del menor, concretamente en proteger la vida y salud de los menores, otorgando más peso a estos derechos del menor que a su autonomía y libertad de decisión. En el ámbito procesal, el principio inspirador es la celeridad, ya que el procedimiento para actuar ante tratamientos cuya omisión supone un grave riesgo para la vida o salud del paciente menor no puede dilatarse en el tiempo.

La Circular comienza exponiendo el ámbito general del consentimiento informado insistiendo en su carácter de derecho fundamental, para posteriormente tratar las especialidades de este consentimiento en relación con los menores y la determinación de su capacidad para otorgarlo. En su segunda parte analiza los posibles conflictos de intereses que pueden surgir ante intervenciones sanitarias de grave riesgo sobre menores de edad haciendo hincapié en el caso de los Testigos de Jehová y las transfusiones de sangre. El resto de la circular se dedica a analizar quiénes son las autoridades competentes para resolver los conflictos que estudia, dar pautas para su resolución, y explicar los aspectos procesales del procedimiento.

⁶⁷ El art. 11.1 d) de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, el art. 32 de la Ley 12 /2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón y el art. 10 de la Ley 171198, de 20 de abril de los Derechos y Atención al Menor de Andalucía derivan la decisión a la autoridad judicial.

El texto de la Fiscalía General del Estado también marca cómo debe actuar el Fiscal y la autoridad judicial cuando se le presentan estas situaciones de conflicto, para buscar el interés superior del menor. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA⁶⁸ resume perfectamente los criterios de actuación al indicar que la Circular 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 (RJ 2009/4581) 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, se alude a 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, se hace mención a la valoración de los riesgos (para la salud física o psíquica) que la situación actual y las subsiguientes puedan acarrear.

La Circular de la Fiscalía General del Estado aclara que en las situaciones en que los factores de riesgo o daño para los intereses del menor están ausentes o no son graves las pautas que proporcionan las reglas generales sobre capacidad de obrar de menores de edad y el art. 9 de la LAP servirán para resolverlos. Por tanto, en los casos en que la vida del menor o su salud no está en peligro de manera grave, el sistema que existía en ese momento se considera suficiente para poder solucionar los posibles conflictos que surgieran con la autonomía del menor y su libertad de decisión. Por ejemplo, si un menor se tenía que poner un aparato dental, las reglas que daba la LAP bastaban para que esté pudiera o no otorgar su consentimiento informado.

No obstante, cuando existía un riesgo grave para la salud o la vida del menor, como una hemorragia cerebral, el sistema de la LAP no daba pautas suficientes para poder solucionarlos. Entre las conclusiones 4ª y 7ª de la citada Circular encontramos las soluciones a las cuatro posibles situaciones que pueden surgir en este tipo de conflictos:

- Cuando un menor maduro rechaza un tratamiento con grave riesgo para su vida o salud, pero sus representantes legales lo consienten, el médico puede llevar a cabo la intervención sin acudir a la autoridad judicial.
- Cuando tanto el menor como sus representantes rechazan la práctica de una intervención con grave riesgo para la salud o vida del menor de edad, el médico debe acudir a la autoridad judicial directamente o a través del MF. Si la situación es urgente, podrá realizar la intervención amparándose en las causas de justificación de estado de necesidad y cumplimiento de un deber.
- Cuando el menor maduro acepta el tratamiento médico para una intervención

⁶⁸ MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo, “Menores y tratamientos médicos”, *Derecho y Salud* n°26, ,2016, p.19.

cuya omisión supondría un grave riesgo para su salud o vida, el médico podrá realizar la intervención aunque los representantes del menor de edad se opongan.

- Cuando el menor no es maduro y sus representantes legales no consienten una intervención poniendo en grave riesgo la salud o vida del menor de edad, el médico debe acudir de oficio a la autoridad judicial directamente o a través del MF. Si la situación es urgente podrá realizar la intervención amparándose en las causas de justificación de estado de necesidad y cumplimiento de un deber.

En resumen, la Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado trata de dar pautas para resolver los conflictos que pueden surgir en una relación entre, por un lado, la vida y salud de un paciente menor y, por otro lado el respeto a su autonomía y libertad de decisión. La Circular complementa el sistema de la LAP pero, al contrario de lo que dice la Exposición de motivos de la Ley 26/2015, en ningún momento introduce un criterio mixto de valoración de la capacidad del menor, pues éste era el que existía en la LAP.

Esta Circular tuvo un buen acogimiento por una parte de la doctrina, ya que se aclaraban los problemas que podían surgir por la falta de precisión de la LAP, en relación con el consentimiento de los menores o incapaces, especialmente en los casos de grave riesgo.⁶⁹ No obstante, otra parte de la doctrina no comparte los criterios que en ella se defienden, porque considera que suponen un paso atrás al limitar excesivamente la capacidad de decisión del paciente menor.⁷⁰

1.3 DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2015

Tras la reforma de la Ley 26/2015 se modifican los apartados 3º, 4º y 5º del art. 9. LAP y se añaden dos nuevos apartados 6º y 7º.

La reforma consagra un sistema que, en un principio, puede parecer mixto, pues a partir de los 16 años no cabe prestar consentimiento por representación (límite objetivo) (art. 9.4 párr. 1 LAP), y por debajo de esta edad no cabrá este consentimiento cuando el menor tenga la capacidad natural suficiente para dar un consentimiento informado por sí mismo (límite subjetivo) [art. 9.3 c) LAP]. Sin embargo, el art. 9.4 párr. 1 LAP menciona, al hablar del límite de los 16 años, que este límite no operará cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el

⁶⁹ DÍEZ RODRIGUÉZ, José Ramón, “El paciente testigo de Jehová, la negativa al tratamiento médico en situación de gravedad y la circular 1/2012 de la fiscalía general del estado”, *Revista de Derecho UNED* n° 11, 2012, p.185; y PARDO, Antonio, “Comentario al caso: negativa de los padres al tratamiento en un menor de edad. nutrición enteral a una paciente con déficit neurológico severo”, *Cuadernos de bioética* n°27, 2016, p. 261.

⁷⁰ OLIVA BLAZQUEZ, Francisco, “El menor maduro ante el Derecho”, *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, 2014, punto 3.5 del artículo; y el posicionamiento del comité de bioética de Cataluña sobre la Circular.

alcance de la intervención; en este nuevo sistema de consentimiento por representación el trato que recibe el mayor de dieciséis años no es diferente al de un menor de edad, por lo que parece que no existe en realidad un límite objetivo de edad diferente al general de dieciocho años.

Antes de la reforma, el mayor de dieciséis años tenía más autonomía a la hora de otorgar el consentimiento informado, pues sólo cabía que su representante legal presentará consentimiento por representación en los casos previstos en el art. 9.3 a) y b) LAP; es decir, cuando no tenga capacidad para tomar decisiones. Estos artículos presentan un control más blando de capacidad que el utilizado al aplicar el art. 9.3 c) LAP pues, como sabemos, éste exige además de la valoración aplicada, una valoración moral de la madurez del menor, así como tener en cuenta la gravedad del tratamiento y otras circunstancias.

Otro punto que justifica que no existe un límite objetivo para dar el consentimiento a los dieciséis años es la nueva regulación para las actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor pues, ante estos casos, ahora son los representantes legales quienes tienen que otorgar el consentimiento por representación y el menor es quien debe ser oído (art. 9.4 párr. 2 LAP).

No obstante, puede considerarse que la mención expresa en la LAP a los mayores de dieciséis años y a los emancipados hace referencia a una presunción de capacidad por la cual, en los supuestos que no sean de grave riesgo, el menor mayor de dieciséis años es maduro y no es necesario que el facultativo entre a valorar su capacidad salvo casos en que su madurez sea muy dudosa.

La reforma también elimina el límite objetivo de doce años que se establecía para que el menor fuera oído en caso de que se sus representantes otorgaran consentimiento por representación. De este modo, cualquier menor edad, aunque tenga menos de doce años, puede otorgar consentimiento informado si es capaz de entender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención médica que se le va a realizar, y si no alcanza la capacidad suficiente debe ser oído en los términos del art. 9 LOPJM; es decir, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Aún así, el artículo 9.2 LOPJM establece una presunción de que el menor tiene madurez suficiente para ser oído desde los doce años. Este derecho del menor a ser oído encuentra apoyo en el art. 9.7 LAP cuando proclama que el paciente participará, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

En cuanto a los criterios a seguir a la hora de ejercer la representación, la reforma

plasma por escrito el criterio que se venía siguiendo del best interest, al indicar que la representación se ejercitará atendiendo siempre al mayor beneficio para la salud o vida del paciente. Además, se fija un procedimiento a seguir en caso de que se adopte la decisión del representante legal sea contraria a estos intereses, y se fija a la autoridad judicial como la encargada de resolver estos conflictos (art. 9.5 LAP).

En resumen, la reforma introduce un nuevo sistema de consentimiento informado en el que los límites objetivos de edad parecen haber sido sustituidos por presunciones iuris tantum de capacidad. También se introduce por escrito el criterio del best interest como directriz para ejercer el consentimiento por representación, se fija un procedimiento para el caso de que la decisión del representante cause un conflicto con este interés y se designa a la autoridad judicial como la encargada de resolver estos conflictos.

La autonomía del menor de edad se reduce tras esta reforma, pues en los casos de grave riesgo no cabe que presten el consentimiento por sí mismos y, para los casos que no son de grave riesgo también se ha reducido la autonomía del paciente menor, pues ha desaparecido la mayoría de edad médica de dieciséis años. Esta medida ha sido bien recibida por parte de la doctrina, que consideran adecuada la eliminación del los dieciséis años como mayoría de edad sanitaria⁷¹; mientras que otra parte de la doctrina considera inadecuada la reforma, ya que anula por completo la capacidad del menor ante situaciones de grave riesgo.⁷²

En esta línea de reducir la autonomía de los menores la Ley 26/2015 también reformó el art. 162.1º CC y eliminó el inciso “*u otros*”, limitando los casos en que los hijos no necesitan la representación de sus padres a los actos de la personalidad que puedan ejercer de acuerdo a su madurez. Además, se añadió un inciso segundo a este artículo que viene a limitar doblemente la autonomía del menor al sujetar sus decisiones en relación a actos relativos a los derechos de la personalidad, a la intervención de los responsables parentales «en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia»⁷³

⁷¹ GONZÁLEZ CARRASCO, María CARMEN, “La (adecuada) limitación de la autonomía sanitaria del menor introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, Centro de Estudios de Consumo, 17 de septiembre de 2015, www.uclm.es/centro/cesco

⁷² LOMAS HERNANDEZ, Vicente, “La (inadecuada) limitación de la autonomía sanitaria del menor introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, Centro de Estudios de Consumo, 18 de septiembre de 2015, www.uclm.es/centro/cesco.

⁷³ GIL MEMBRADO, Cristina, “Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica del fútbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Civil nº1*, 2017, p. 65.

2.- EXCEPCIONES AL RÉGIMEN GENERAL

A pesar de lo que ya hemos estudiado, existen ciertos tratamientos, que por su importancia o por sus consecuencias, han sido excluidos de este régimen general del consentimiento informado de los menores y se rigen por disposiciones propias.

El art. 9.5 LAP nos remite a las reglas generales de mayoría de edad y a las disposiciones especiales de aplicación cuando se realicen prácticas de ensayos clínicos y técnicas de reproducción humana asistida. En el segundo caso, los menores no pueden acceder a estas técnicas de conformidad con lo establecido en el art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En el caso de la práctica de ensayos clínicos, la legislación de aplicación es el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos, cuyo art. 5 permite la práctica de ensayos clínicos en menores si se obtiene el consentimiento informado del representante legal y se cumplen las demás condiciones previstas en los arts. 3y 4 de este Real Decreto y en el art. 32 del Reglamento (UE) n.º 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014.

Otro supuesto donde no se aplica el régimen de consentimiento informado previsto en la LAP es la donación de células y tejidos humanos; en este caso el art. 7 del Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos; establece que, con carácter general, los menores no podrán realizar estos actos si son para aplicación alogénica; en cambio, si son para uso autólogo o se trata de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor para aplicación alógena, será el representante legal quien dé el consentimiento. En estos casos también se aplica el régimen general de mayoría de edad de dieciocho años.

Para los casos de investigación biomédica el art. 4.1 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, fija que para el caso de los menores se otorgará consentimiento por representación. Sin embargo, en su DF 2 establece que será de aplicación supletoria la LAP; por lo que surgen dudas sobre si aplicar el régimen general de la mayoría de edad o el previsto en la LAP.

El art. 8.1 d) del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las

actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, prohíbe la donación de órganos aún con el consentimiento de los padres.

En cuanto a la atención médica para los menores con disconformidad de su identidad no existe una Ley nacional que regule su tratamiento. Sin embargo, la gran mayoría de las leyes autonómicas establecen que se aplicarán las reglas de la LAP cuando haya que dar el consentimiento al recibir la atención sanitaria necesaria para garantizar el desarrollo equilibrado y saludable de su identidad de género,⁷⁴ aunque otras proponen sus propios límites de edad y procedimientos.⁷⁵ En cambio, para la cirugía transexual algunas leyes autonómicas se decantan por el régimen general de la mayoría de edad.⁷⁶

Por último, la LO 11/2015 introdujo un último párrafo al art. 9.5 LAP por el cual, para la interrupción voluntaria del embarazo es necesario además de la manifestación de voluntad del menor el consentimiento expreso de sus representantes legales.

⁷⁴ En este sentido se pronuncian los arts. 19.6 de la Ley 2/2014, de 8 de julio, de Andalucía; 6.2 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Madrid; 15.2 de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de Murcia; 11 de la Ley 14/2012, de 28 de junio, del País Vasco; ó 5 de la Ley foral 12/2009, de 19 de noviembre, de Navarra.

⁷⁵ Los arts. 7.1 de la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de Canarias; y 16 de Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Comunidad Valencia establecen un sistema basado en el régimen general de la mayoría de edad. En cambio, el Anteproyecto de Ley de identidad de género de la Comunidad de Aragón fija que el menor es capaz a partir de los catorce años en su art. 14.

⁷⁶ Arts. 6.5 de la Ley foral 12/2009, de 19 de noviembre, de Navarra; y 10.6 de la Ley 2/2014, de 8 de julio, de Andalucía.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El consentimiento informado se configura hoy en día como un elemento esencial de la *lex artis* médica cuyo incumplimiento genera responsabilidad por parte del facultativo que lo incumpla. Su estrecha relación con algunos derechos fundamentales ha llevado a considerarlo como una garantía del derecho a la integridad física y moral del paciente; así como de la autonomía de su voluntad para tomar decisiones personales sobre su propio cuerpo.

El consentimiento informado requiere que el médico responsable haya proporcionado al paciente previamente la información suficiente para que, dependiendo de las circunstancias, el paciente pueda realizar un juicio valorativo correcto y emitir un consentimiento libre y voluntario. No obstante, en algunas situaciones excepcionales el médico puede prescindir tanto de la información (renuncia del paciente o necesidad terapéutica) como del consentimiento (situaciones de riesgo graves de urgencia; y situaciones de peligro para la Salud Pública).

El consentimiento debe ser otorgado por una persona con capacidad para entender el alcance de su decisión, y si el paciente no goza de esta capacidad serán sus representantes legales quienes presten el consentimiento y, a falta de éstos, las personas vinculadas a él por razones de familiares y de hecho. Esta falta de capacidad será valorada por el médico responsable (salvo que conste en una sentencia de incapacitación) teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso.

SEGUNDA.- El interés superior del menor se considera como un principio prioritario en nuestro ordenamiento, que vincula tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos, lo que hace que la protección a los menores de edad pueda ser realmente efectiva. Tras las últimas reformas se han aportado criterios para valorar el interés superior del menor, pero aún así este principio debe ser valorado caso por caso debido a la heterogeneidad de los casos en que interviene.

En el contexto sanitario prima entre todos los criterios de ponderación de este principio el de mayor beneficio para la vida y salud del menor; aunque este criterio puede ceder en determinadas ocasiones cuando su afección sea escasa y otros criterios, como el libre desarrollo de la personalidad del menor o su libertad de decisión, se vean beneficiados.

TERCERA.- En el ámbito médico los representantes legales de los menores de edad serán quienes ostenten su patria potestad o, a falta de éstos, sus tutores. Los representantes otorgarán el consentimiento informado en representación del menor cuando éste no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención que se le va a realizar. En caso contrario, estaremos ante un menor maduro que puede prestar el consentimiento informado por sí mismo.

Aunque se preste el consentimiento por representación los menores tienen derecho a ser oídos y formar parte de la toma de decisiones en función a su madurez. La representación se ejercerá en función del mayor beneficio para la vida y salud del menor y teniendo en cuenta el interés superior de éste.

CUARTA.- Antes de la reforma de 2015, el paciente con dieciséis años cumplidos podía emitir el consentimiento informado por sí mismo. Para el resto de los casos debía otorgarse el consentimiento por representación, salvo que el menor tuviera entre doce y dieciséis años y fuera considerado maduro.

El sistema imperante antes de la reforma era oscuro en determinados aspectos y su regulación no era eficaz cuando nos encontrábamos con pacientes menores en situaciones de grave riesgo. La Circular 1/2012 de la Fiscalía general del Estado aportó claridad para estos casos, y favoreció que la regulación del consentimiento informado se reformara en relación a los menores.

QUINTA.- La reforma de 2015 tiene un carácter más restrictivo con la autonomía y libertad de decisión del menor, en busca de una mayor protección para su vida y salud. En este sentido, si su representante, a la hora de otorgar el consentimiento por representación, toma una decisión contraria al mayor beneficio para la vida o salud del paciente menor, el médico o facultativo debe ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que se adopte la resolución correspondiente.

La nueva regulación del consentimiento médico informado de los menores obliga a diferenciar entre las actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor y las que no tienen grave riesgo. Si la actuación conlleva un grave riesgo para la salud del menor, el consentimiento informado tendrá que ser otorgado por sus representantes legales independientemente de la edad y madurez del menor de edad. En las situaciones que no

suponen un grave, los límites establecidos antes de la reforma se han sustituido por presunciones *iuris tantum* de capacidad; de modo que, a partir de los dieciséis años el menor se presume capaz de emitir un consentimiento informado válido, mientras que a partir de los doce se presume que el menor es lo suficientemente maduro como para ser oído e intervenir en el proceso sanitario. A pesar de estas presunciones, si el médico responsable considera que el menor no es maduro, serán los padres los que deban consentir aunque el menor haya cumplido los dieciséis años.

SEXTO.- No es posible elaborar un método que permita valorar la madurez de los menores de edad debido a los múltiples factores que pueden intervenir en el desarrollo de ésta. De esta manera, el médico responsable tendrá que valorar en cada caso concreto cuando un menor es lo suficientemente maduro para otorgar su consentimiento, teniendo en cuenta: su capacidad para comprender la información y el alcance de la decisión (valoración aplicada), su desarrollo del pensamiento ético y moral (valoración moral), la gravedad de la situación y otros factores determinantes como el ambiente familiar o la relación con los progenitores.

ANEXO I

EVALUACIÓN DE LA CAPACIDAD DE UN PACIENTE SEGÚN LA GUÍA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN⁷⁷

A continuación se enumeran las fases y el orden que debería seguirse para hacer una correcta evaluación de la capacidad:

- 1º *Incapacidad legal*. El primer punto es descartar siempre la incapacitación legal. Caso de que una persona se halle legalmente incapacitada, las decisiones habrá de tomarlas el tutor, que a su vez también puede caer en incapacidad de hecho. Por tanto, la evaluación de la capacidad del tutor es tan necesaria como la de cualquier otro paciente. Esto es aplicable también a los padres en el caso de menores de edad.
- 2º *Evaluación psicopatológica*. El segundo momento del análisis de la capacidad ha de consistir en la evaluación psicopatológica del paciente. En la mayoría de los casos, esa evaluación no necesitará ser muy profunda y podrá ser llevada a cabo por el médico general o cualquier especialista distinto del psiquiatra. En cualquier caso, si se sospecha la existencia de un proceso psicopatológico de base, como por ejemplo una depresión subclínica, o trastornos sensorceptivos, como alucinaciones, o sistemas delirantes, o cualquier otra patología que pueda deteriorar o alterar el autogobierno de las personas, debe pedirse una evaluación psicopatológica completa a un especialista en psiquiatría.

Es frecuente que los profesionales confundan la evaluación de la capacidad de los pacientes con la existencia o no de trastornos mentales. Son cosas distintas. Las alteraciones psicopatológicas pueden alterar gravemente la capacidad, pero pueden no alterarla en ese grado. Por tanto, la existencia o no de psicopatología no es razón suficiente para concluir que una persona es incapaz o capaz. Con ciertos trastornos psicopatológicos se puede tener una capacidad mayor o menor, y sin ellos se puede ser incapaz.

- 3º *Mecanismos de defensa del yo*. La capacidad de las personas puede verse alterada no sólo por trastornos psicopatológicos sino también por procesos

⁷⁷ Texto obtenido de COMISIÓN DE BIOÉTICA DE CASTILLA Y LEÓN, *Guía de consentimiento informado*, Junta de Castilla y León, 2010, págs. 35-39

psicodinámicos, a la cabeza de todos, los llamados mecanismos de defensa del yo. Estos mecanismos, por más que sean inconscientes, no tienen las más de las veces carácter patológico, presentándose en todas las personas en situaciones críticas, como sucede cuando alguien advierte que padece una enfermedad grave o mortal. En esos casos, es frecuente que se disparen los llamados mecanismos de defensa, que pueden sucederse en el tiempo de acuerdo con el patrón establecido hace décadas por Elisabeth Kübler-Ross: negación, ira, regateo, depresión, aceptación. El asumir malas noticias o aceptar situaciones muy adversas exige del psiquismo humano un gran esfuerzo y no se logra completamente hasta el final de ese proceso, en la fase de aceptación. Durante todo el periodo anterior se debe, pues, acompañar al paciente y apoyarle emocionalmente, hasta tanto alcanza el equilibrio que es necesario para poder aceptar su decisión como auténtica.

- 4o *Prueba de la autenticidad.* En todos los casos, pero especialmente en los citados en el punto anterior, es importante evaluar la autenticidad de la decisión del paciente. Se entiende por autenticidad de una decisión la concordancia de esa decisión con el sistema de valores del individuo. Cuando alguien hace algo muy alejado de su sistema de valores, consideramos que esa decisión no es fiable y que probablemente está motivada por el miedo, por la depresión o por cualquier otra causa modificadora de la conducta normal de la persona. Para todo esto es importante añadir a la historia clínica la llamada historia de valores.

Para que una decisión pase la prueba de la autenticidad no es necesario ni siempre resulta posible que esté positivamente de acuerdo con los valores defendidos por el individuo a lo largo de su vida. Es suficiente que no esté en desacuerdo, es decir, que la decisión que toma no vaya frontalmente en contra de esos valores. También puede suceder que el paciente haya cambiado de valores últimamente, pero esto no se da con frecuencia, y menos en personas mayores.

En tales casos, es preciso hacer una buena exploración de los valores de la persona y de sus cambios.

- 5o *Principio de gradualidad.* De todo lo anterior se deduce que la capacidad es un concepto dinámico (varía con el tiempo, a veces muy rápidamente) y gradual. Con este último término se quiere significar que los niveles de capacidad son innumerables y que se sitúan en una escala que va desde la *nula capacidad* (que

vendría a identificarse con la pérdida de conciencia, del tipo del coma o el estado vegetativo persistente) hasta la *capacidad total* (que probablemente no se da en ningún ser humano, ya que todos tenemos nuestros mecanismos de defensa, nuestras fobias, filias, etc.). Entre esos dos polos extremos de la escala, cabe señalar ciertos niveles que son particularmente útiles para la toma de decisiones. Siguiendo a James F. Drane, en la práctica basta con diferenciar tres niveles de capacidad:

- *Nivel 1 o de mínima capacidad*: Es el que tienen todas aquellas personas que conservan la conciencia vigil pero que poseen un psiquismo muy inmaduro. Esto sucede en los niños menores de diez años, en los retrasados mentales profundos, en las personas que sufren demencias severas, en los brotes agudos de psicosis endógenas, etc.
 - *Nivel 2 o de capacidad mediana*. Es el propio de los adolescentes o menores no maduros, de quienes tienen retrasos mentales no muy severos, demencias en fases no muy avanzadas o trastornos mentales menos graves que los anteriores, como pueden ser ciertas neurosis y trastornos del comportamiento, incluido el consumo de ciertas sustancias psicoactivas.
 - *Nivel 3 o de capacidad plena*. Es el que tienen las personas mayores de edad o menores maduros, y quienes no padecen trastornos psicológicos o mentales que les altere significativamente el autogobierno de su vida. Es el que se supone que posee todo mayor de edad, que le capacita para realizar todo tipo de negocios jurídicos y disfrutar en plenitud de su autonomía.
- *6o Principio de proporcionalidad*. Este principio, establecido por la Comisión presidencial norteamericana el año 1983, dice que en la evaluación de capacidad no debe irse buscando en el sujeto una capacidad total, entre otras cosas porque no se encontrará. La capacidad que hay que pedir a un sujeto es siempre proporcional al objeto de la decisión. Siempre hay que preguntarse: “¿Capaz para qué?” Así, por ejemplo, un niño muy pequeño es capaz para pedir a su madre agua, pero no para pedir algo que pueda serle perjudicial. La razón está en que cuando alguien acepta tratamientos que la *lex artis* considera eficaces o rechaza otros que considera ineficaces, basta con que tenga el nivel mínimo de capacidad. Exactamente lo opuesto sucede en el caso de que pida algo ineficaz o se niegue a recibir tratamientos eficaces. En ese caso se le exige el nivel 3 de capacidad, es decir, la

capacidad plena, por más que ésta no sea nunca total. Esta es la situación más trágica, ya que el paciente puede, cuando goza del nivel 3 de capacidad, rechazar tratamientos vitales y técnicas de soporte vital. El nivel 2 es el exigible cuando un paciente acepta o rechaza tratamientos de poca eficacia o de eficacia dudosa. No es exigible en estos casos un nivel pleno de capacidad.

En resumen. La evaluación de la capacidad no puede realizarse hoy, ni probablemente se realizará nunca, con criterios o estándares puramente cuantitativos. Es un proceso de análisis y ponderación de factores que ha de terminar en la elaboración de un juicio prudencial. Los juicios prudentiales no son por lo general ciertos sino sólo probables. Esto significa que quien evalúa la capacidad puede equivocarse. Nunca se le puede pedir que no se equivoque, sino que su decisión sea razonable y responsable, para lo cual es necesario que el juicio de capacidad o incapacidad se formule tras la exploración detallada del paciente y el consiguiente proceso de deliberación prudente.

ANEXO II

CRITERIOS PARA VALORAR SI UN MENOR ES MADURO SEGÚN LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA⁷⁸

1.-- Valoración aplicada

Tabla 1. Recomendaciones British Medical Association & the Law Society

- Capacidad de entender que hay una elección y que esta elección tiene sus consecuencias.
- Habilidad para hacer la elección, incluyendo la posibilidad de elegir a otra persona para realizar la elección del tratamiento
- Capacidad de comprender la naturaleza y propósito del procedimiento
- Capacidad de entender los riesgos y efectos secundarios
- Capacidad de entender las alternativas al procedimiento y el riesgo asociado a ello, así como las consecuencias del no tratamiento

2.- Valoración moral

Tabla 2. Niveles y estadios Kohlberg

- Nivel 1 o preconvencional (hasta aproximadamente 9 años): las reglas y normas se viven como externas al yo, como impuestas
 - Estadio 1: egoísmo ciego o moralidad heterónoma
 - Estadio 2: egoísmo instrumental individualista
- Nivel 2 o convencional (adolescentes y adultos): el «yo» se identifica con las normas sociales
 - Estadio 3: perspectiva de las relaciones sociales grupales
 - Estadio 4: perspectiva de los sistemas sociales
- Nivel 3 o post-convencional (minoría de adultos): el «yo» distingue entre las normas sociales y los propios valores, concepto de justicia universal, más allá de los sistemas sociales
 - Estadio 5: perspectiva moral de los derechos humanos
 - Estadio 6: moralidad de los principios éticos superiores

⁷⁸ Tablas obtenidas de ESQUERDA ARESTÉ, M.; MIQUEL FERNÁNDEZ, E.; y PIFARRÉ PARADERO, J., “La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven”, *Anales de Pediatría Continuada Vol. 11 n° 4*, 2013, págs. 204-211.

3.- Gravedad de la decisión

Tabla 3. Escala móvil de la competencia de Drane

Tipo de decisión	Fácil	Media	Difícil
Competencia necesaria	Baja	Media	Alta
Para consentir	Tratamiento eficaz: Alto beneficio/bajo riesgo	Beneficio/riesgo intermedio	Tratamiento con alto riesgo/bajo beneficio
Para rechazar	Tratamiento incierto: Tratamiento de bajo beneficio/alto riesgo	Beneficio/riesgo intermedio	Tratamiento de alto beneficio/bajo riesgo

4.- Otros factores

Tabla 4. Síntesis de la valoración de la competencia (Pearce)

- Madurez suficiente
 - La naturaleza de la enfermedad
 - Las propias necesidades y las de los otros
 - Los riesgos y beneficios del tratamiento
 - Su propio autoconcepto
- Significado del tiempo: pasado, presente y futuro
- Relación con los padres
 - ¿Existe un buen soporte emocional?
 - ¿Es una relación afectiva?
- Relación médico-paciente
 - ¿Existe confianza y confidencialidad?
- Otros puntos de vista significativos
 - ¿Qué otras opiniones influyen al niño y cómo?
- Riesgos/beneficios del tratamiento
- Riesgo/beneficio del tratamiento frente a no tratamiento
- Naturaleza de la enfermedad
 - Enfermedad crónica, aguda, discapacitante, de riesgo vital
- Necesidad de consenso
 - ¿Es preciso mayor tiempo o información?
 - ¿Es precisa una segunda opinión?

Bibliografía

1.-Libros y monografías

- COMISIÓN DE BIOÉTICA DE CASTILLA Y LEÓN, *Guía de consentimiento informado*, Junta de Castilla y León, 2010.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Derecho de la información y de la comunicación*, Tecnos, Madrid, 2013.
- CORCHETE MARTÍN, María José, “El consentimiento informado: algunas apreciaciones conceptuales desde una perspectiva constitucional”, en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Problemas del consentimiento informado por representación*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, Madrid, 2010.
- GUÉREZ TRICARICO, Pablo, *El tratamiento médico curativo y su licitud: El papel del consentimiento del paciente*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- GUERRERO ZAPLANA, José, *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia: Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- HÉRNANDEZ RAMOS, Mario, “El consentimiento informado y el derecho fundamental a la integridad física y moral”, en SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Editorial Comares, Granada, 2012.
- MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María, “Contenido y requisitos del consentimiento informado. Responsabilidades civiles por su incumplimiento”, en SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: Responsabilidades civiles y penales*, Editorial Comares, Granada, 2012.
- PELAYO GÓNZALEZ-TORRE, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Editorial Comares, Granada, 2009.

- SARDINERO GARCÍA, Carlos, *Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico, criterios indemnizatorios*, Tirant monografías 1027, Valencia, 2016.
- SEIJAS VILLADANGOS, Esther, *Los derechos del paciente*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.
- VIGURI PEREA, Agustín, *Una perspectiva comparada de la responsabilidad civil sanitaria. Las negligencias médicas y el consentimiento informado en el derecho español y norteamericano*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

2.- Artículos

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho* n° 20, 2015, págs. 264-290.
- BLASCO IGUAL, María Clara, “El consentimiento informado del menor en materia sanitaria”, *Revista de Bioética y Derecho* n° 35, 2015, págs. 32-42.
- DÍEZ RODRIGUÉZ, José Ramón, “El paciente testigo de Jehová, la negativa al tratamiento médico en situación de gravedad y la circular 1/2012 de la fiscalía general del estado”, *Revista de Derecho UNED* n° 11, 2012, págs. 183-222.
- ESQUERDA ARESTÉ, M.; MIQUEL FERNÁNDEZ, E.; y PIFARRÉ PARADERO, J., “La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven”, *Anales de Pediatría Continuada* Vol. 11 n° 4, 2013, págs. 204-211.
- GIL MEMBRADO, Cristina, “Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica del fútbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Civil* n°1, 2017, págs. 58-71.
- GONZÁLEZ CARRASCO, María CARMEN, “La (adecuada) limitación de la autonomía sanitaria del menor introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, Centro de Estudios de Consumo, 17 de septiembre de 2015, www.uclm.es/centro/cesco

- GONZALEZ LEÓN, Carmen, “La protección del paciente y el consentimiento informado”, *Lex Medicinæ. Revista portuguesa de Direito da Saúde* n°12, 2009, págs. 15-32 .
- JORGE BARREIRO, Agustín, “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *Cuadernos de Política Criminal* n° 16, 1982, págs.. 5-33.
- LOMAS HERNANDÉZ, Vicente, “La (inadecuada) limitación de la autonomía sanitaria del menor introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, Centro de Estudios de Consumo, 18 de septiembre de 2015, www.uclm.es/centro/cesco.
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo, “Menores y tratamientos médicos”, *Derecho y Salud* n°26, ,2016, págs. 12-21.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, “El consentimiento informado en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo”, *Actualidad del Derecho Sanitario* n° 22, 2005, págs. 876-891.
- MOURE GONZALEZ, Eugenio, “El consentimiento informado como derecho fundamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo”, *Diario La Ley* n° 7912, 2012.
- OJEDA RIVERO, Rafael, “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho* n° 3, Barcelona 2015.
- OLIVA BLAZQUEZ, Francisco, “El menor maduro ante el Derecho”, *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud* n°41, 2014, p.4.
- PARDO, Antonio, “Comentario al caso: negativa de los padres al tratamiento en un menor de edad. nutrición enteral a una paciente con déficit neurológico severo”, *Cuadernos de bioética* n°27, 2016, págs. 261-263.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* n° 2, 2004, p. 209.
- SIMÓN-LORDA, Pablo, “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente”, *Revista de la Asociación española de Neuropsiquiatría* vol.28 n° 102, 2008, págs.. 327-348.

3.- Tesis doctorales

- BLASCO IGUAL, María Clara, AÑON ROIG, María José (directora de la tesis), *Consentimiento informado, madurez del menor de edad y derechos humanos*, Universitat de València, 2015.

4.- Referencias jurisprudenciales

- STC 160/1987, de 27 de octubre de 1987 (RTC 1987/160)
- STC 154/2002, de 18 de julio de 2002 (RTC 2002/154)
- STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37)
- STC 16/2016, de 1 de febrero de 2016 (RTC 2016/16)
- STC 23/2016, de 15 de febrero de 2016 (RTC 2016/23)
- STEDH de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido (TEDH 2002/23)
- STS, Sala 1ª de 27 de abril de 2001 (RJ 2001/6891)
- STS, Sala 3ª de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007/7321)
- STS, Sala 1ª de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007/ 8427)
- STS, Sala 1ª de 29 de julio de 2008 (RJ 2008/4638)
- STS, Sala 1ª de 21 de enero de 2009 (RJ 2009/1481)
- STS, Sala 3ª de 30 de septiembre de 2009 (RJ 2009/5481)
- STS, Sala 1ª, de 4 de marzo de 2011 (RJ 2011/2633)
- STS, Sala 3ª de 26 de marzo de 2012 (RJ 2012/5102)
- STS, Sala 3ª de 5 de diciembre de 2012 (RJ 2013/641)
- STS, Sala 1ª de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016/249)
- STS, Sala 1ª de 31 de marzo de 2016 (RJ 2016/4288)
- STS, Sala 1ª de 12 de abril de 2016 (RJ 2016/1334)
- STS, Sala 1ª de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5649)
- STS, Sala 1ª de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017/583)
- STS, Sala 2ª de 28 de marzo de 2017 (RJ 2017/1786)
- STS, Sala 3ª de 9 de mayo de 2017 (RJ 2017/2167)
- STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso administrativo, de 25 de octubre de 2013 (JUR 2014/11498)
- STSJ Illes Balears, Sala de lo contencioso-administrativo, de 31 de mayo de 2016 (JUR 2016/159478)

