



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Privado

Área de conocimiento: Derecho Civil

Curso 2019/2020

**LA PROTECCIÓN DEL MENOR DE
EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO
RESPECTO AL CONSENTIMIENTO
INFORMADO: ¿PATERNALISMO O
PROTECCIONISMO?**

Nombre del/la estudiante: María Arroyo Francisco

Tutor/a: Carmen González León

Mes: Junio

Año: 2020

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Privado

Área de conocimiento: Derecho Civil

**LA PROTECCIÓN DEL MENOR DE
EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO
RESPECTO AL CONSENTIMIENTO
INFORMADO: ¿PATERNALISMO O
PROTECCIONISMO?**

**THE PROTECTION OF THE
MINOR IN THE HEALTH FIELD
REGARDING INFORMED
CONSENT: PATERNALISM OR
PROTECTIONISM?**

Nombre del/la estudiante: María Arroyo Francisco
e-mail del/a estudiante: mariaarroyofrancisco@usal.es

Tutor/a: Carmen González León

RESUMEN:

El menor de edad, al no poseer plena capacidad de obrar, requiere una especial protección por parte del ordenamiento jurídico. Esta protección se extiende al ámbito sanitario, y afecta especialmente a la regulación del consentimiento informado, que constituye un pilar básico de la relación entre el facultativo y el paciente. Determinar cuándo el paciente menor de edad puede prestar consentimiento o cuando deben otorgarlo por él sus representantes legales es un tema que provoca debate. La reforma del art. 9 de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente por la Ley 26/2015, restringió la capacidad del menor para prestar el consentimiento médico y dio mayor relevancia a criterios como la madurez del menor o su capacidad de comprensión para valorar el alcance y los riesgos de las actuaciones sanitarias, así como a la necesidad de proteger la vida y la salud del menor, especialmente en situaciones de grave riesgo. En este trabajo se analiza si las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015, para valorar si responden a una perspectiva demasiado paternalista en cuanto a la capacidad que se reconoce al menor para decidir respecto sobre su salud, o si reflejan una concepción protectora adecuada y necesaria para hacer realidad el principio del interés superior del paciente menor de edad, especialmente en supuestos de grave riesgo para su salud.

PALABRAS CLAVE: Menor de edad, menor maduro, autonomía del paciente, consentimiento informado, capacidad, conflicto sanitario.

ABSTRACT:

Being underage means not having full capacity to act, so they have special protection in the legal system. This protection extends to the health field, and especially affects the regulation of informed consent, which is a basic pillar of the relationship between the doctor and the patient. Determining when the minor patient can't give consent or when his legal representatives must give it for him, is a subject that provokes debate. The reform of article 9 of Law 41/2002 on Patient Autonomy by Law 26/2015, restricted the child's ability to give medical consent, and gave greater relevance to criteria such as the maturity of the minor or his ability to understand to assess the scope and risks of health actions, as well as the need to protect the life and the health of the minor, especially in situations of serious risk. This work analyzes whether the modifications introduced by the Law 26/2015, to assess whether it responds to a too paternalistic perspective regarding the child's recognized ability to decide regarding his health, or if, it is considered an adequate and necessary protective conception to realize the principle of the best interest of the minor patient, especially in cases of serious risk to your health.

KEYWORDS: Minor, mature minor, patient's autonomy, informed consent, capacity, sanitary conflict.

ÍNDICE

1. Introducción.....	1
2. El menor en el ordenamiento jurídico.....	3
3. El consentimiento médico informado:	7
3.1. Concepto.....	7
3.2. Los elementos del consentimiento informado	10
a) <i>La información</i>	11
b) <i>La expresión del consentimiento</i>	14
3.3. Personas que otorgan el consentimiento informado.....	16
3.4. El fundamento del consentimiento médico informado: su relevancia en el ordenamiento jurídico.....	18
4. El consentimiento informado de los pacientes menores de edad	20
4.1. Análisis del artículo 9 de la Ley 41/2002	20
a) El art. 9 Ley 41/2002 antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015.	20
b) El vigente art. 9 Ley 41/2002.....	24
4.2. Los menores de edad y la medicina voluntaria.....	26
4.3. La opinión de los pacientes menores de edad.....	29
5. La opinión de la doctrina sobre la capacidad del paciente menor de edad para prestar consentimiento informado	31
6. El recurso a la mediación en los casos de conflictos con pacientes menores de edad	35
7. Conclusiones.....	39
Abreviaturas empleadas.....	1
Bibliografía.....	2
Legislación empleada	4
Jurisprudencia.....	7

1. Introducción.

El menor de edad es sujeto en nuestro ordenamiento jurídico, y así lo señalan también distintos tratados internacionales en donde se especifica que no habrá distinción entre las personas ya sea por cuestiones como por ejemplo su sexo o su edad. Sin embargo, resulta imposible negar que, a la hora de regular distintas cuestiones, las normas tienen en cuenta el ítem de la edad como punto de inflexión con respecto a los derechos y obligaciones que tiene una persona en función de su edad, más específicamente si la persona es mayor o menor de 18 años, considerando ésta como edad adulta, puesto que, por su condición de menor, se le atribuye un grado de madurez y desarrollo menor al de los que ya han alcanzado la mayoría de edad.

El ordenamiento jurídico ha tenido en cuenta el criterio de la edad para regular cuestiones básicas de la vida diaria, poniendo especial atención en la protección que necesita el menor por su condición de menor, por ello están sometidos a la patria potestad hasta que alcanzan la mayoría de edad, y ésta se ejerce como responsabilidad parental. En este sentido, se han restringido en cierta medida los derechos de los menores como sujetos jurídicos para poder protegerles, pero al mismo tiempo se les permite dar el consentimiento para aquellos actos que, según la edad y madurez del menor, se entiende que tienen capacidad de comprensión suficiente para poder decidir por sí mismos. Se parte de la idea de que a medida que éste vaya creciendo adquirirá más conciencia con respecto al mundo que le rodea y, por tanto, irá adquiriendo gradualmente la capacidad de obrar.

En este trabajo nos vamos a centrar en la capacidad que se le ha de reconocer al menor para consentir y otorgar el consentimiento por sí mismo en el ámbito sanitario, y cuando deberán hacerlo sus padres o representantes legales, puesto que en base a la patria potestad, los padres/ tutores del menor deben velar y salvaguardar la vida del menor, sus derechos y sus intereses, pudiendo entrar en conflicto la opinión de los menores con la más óptima para salvarle la vida, o simplemente con la que el propio menor manifiesta como propia, surgiendo la duda de quién es el responsable de decidir sobre el menor, si él en base a un criterio de madurez biológica, o si son sus padres en base al deber que tienen de protegerle como titulares de la patria potestad.

En primer lugar, se analizará la posición que tiene el menor en el ordenamiento jurídico con carácter general, puesto que esto permitirá conocer cómo en otros ámbitos y en otras

ramas se regula la capacidad que se atribuye al menor, de tal manera que nos permitirá conocer la madurez que se otorga al menor para afrontar los derechos y deberes que como sujeto jurídico se le reconocen.

En segundo lugar, analizaremos el consentimiento informado en el ámbito sanitario. En este punto es importante conocer tanto el concepto que se tiene del consentimiento como núcleo central de la asistencia sanitaria, así como la información que se ha de facilitar previamente al paciente para que éste pueda emitir un consentimiento válido. En este sentido, se ha analizar qué capacidad se ha de tener para dar el consentimiento.

En tercer lugar, como tema central del trabajo, se analizará el consentimiento médico informado en el caso de los menores, para determinar qué capacidad y en qué supuestos puede el menor otorgar por él mismo el consentimiento médico. Sin embargo, la capacidad del menor para poder otorgar el consentimiento informado no ha sido una cuestión estática a lo largo del tiempo, sino que ha sufrido importantes reformas en los últimos años. Por ello, es necesario llevar a cabo análisis de las distintas reformas que esta materia ha sufrido. De cualquier modo, dentro del consentimiento informado en menores, hay un ámbito que no está libre de controversias por la relevancia que está adquiriendo en la práctica clínica en los últimos años, siendo éste el consentimiento de los menores en la medicina voluntaria.

En cuarto lugar, tras analizar la regulación que existe sobre la materia, nos parece necesario tener en consideración la opinión de la doctrina. Algunos autores consideran excesivas las restricciones que se hacen en este ámbito a los menores, mientras que otros autores mantienen la postura de que esas limitaciones están justificadas en aras de proteger adecuadamente el interés superior del menor.

Por último, es preciso conocer qué opinan los propios menores, circunstancia que quizás no ha sido tomada en cuenta suficientemente a la hora de regular esta problemática.

Para realizar este trabajo se analiza 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, haciendo especial hincapié en las reformas que se han introducido en cuanto a la regulación del consentimiento informado en menores por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. También se estudia lo establecido sobre este tema en la Ley Orgánica

1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, y 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.

2. El menor en el ordenamiento jurídico.

El menor se considera en nuestro ordenamiento jurídico un sujeto que tiene derechos y obligaciones, e igualmente se les reconocen derechos en tratados internacionales como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como en la propia Constitución Española de 1978. La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea recoge el derecho del niño en su artículo 24, en donde se establece que el menor tiene derecho a su protección, a expresar su opinión libremente y que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez, el precepto señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 24 Derechos del niño 1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez”.

Esto nos hace ver que el menor, aun siendo sujeto jurídico, aun poseyendo derechos y deberes, no se encuentra en el ejercicio libre de los mismos, puesto que se atiende, como matiza el propio precepto, de acuerdo a la edad del mismo, al grado de madurez, e incluso al asunto que les afecte.

El menor de edad es titular de sus derechos, aunque no pueda ejercerlos todos desde el momento en que nace y se hace titular de ellos. El ordenamiento jurídico ha permitido que el menor empiece a desarrollar el ejercicio de sus derechos a medida que va creciendo y va adquiriendo conocimiento de lo que implica ser sujeto de derechos y obligaciones. Al hacerse esa limitación de los derechos del menor, para que estos no estén expuestos a la violación de los mismos, existe la patria potestad, el cual se configura como un deber por parte de los padres o de los tutores, quienes deben velar por el derecho de los menores, incluyendo el derecho a la vida, a la integridad y al desarrollo de su libre personalidad.

Con respecto a los derechos que poseen los menores, nuestro ordenamiento jurídico admite que, como ya se ha mencionado, a medida que van creciendo, podrán ir adquiriendo capacidad de obrar sobre esos mismos derechos o para cumplir con los deberes y obligaciones que como personas tendrán igualmente; aunque, dependerá del

tipo de derecho o deber, así como el ámbito en el que se encuadre dicho derecho o deber. Es decir, se reconoce la titularidad de los menores con respecto a sus derechos, y se les otorgará la capacidad para ejercitar dichos derechos siempre que se consideren que gocen de suficiente madurez.

El articulado que contempla la protección que se hace al menor de edad, es la que se encuadra en distintas normas del ordenamiento jurídico, en especial, quería hacer mención al Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil¹, puesto que se relaciona directamente con el ejercicio de la patria potestad, y por consiguiente con la capacidad que se les otorga a los padres para poder hacer valer los derechos de sus hijos en nombre de éstos, en tanto ellos no puedan.

En el artículo 154 del Código Civil se delimita que en las relaciones paterno-filiales los menores se someterán a la patria potestad, señalando ésta como una responsabilidad parental en donde deben velar por el interés superior del menor, siempre de acuerdo a unos elementos básicos como son su personalidad, el respeto de sus derechos y a su integridad. Se conjuga dicha responsabilidad como el conjunto de obligaciones en las que se incluyen educarles, formarles, darles alimentos o administrar sus bienes entre otros. Señalando como requisito el deber de escuchar a sus hijos cuando éstas tengan madurez y se tomen decisiones que les afecte a ellos de manera directa.

Hay que tener en cuenta que no todos los menores están sujetos a la patria potestad, puesto que existe la posibilidad de que haya menores de 18 años que no se encuentre sometidas a ella, como ocurre cuando los menores se emancipan o adquieren el beneficio de la mayor edad, lo cual es posible a partir de que tengan 16 años. Según el artículo 314 del Código Civil, la emancipación puede darse por tres situaciones: (a) mayoría de edad, (b) concesión de los que ejercen la patria potestad, (c) por concesión judicial.

En el momento en que un menor se emancipa, debe haberse producido una de las dos últimas situaciones que se acaban de mencionar, pero se exige, tanto por el artículo 317 como por el artículo 320, como por el artículo 321, tanto para la emancipación concedida por los representantes legales del menor como para la emancipación concedida por la autoridad judicial, que el menor tenga al menos 16 años.

¹ BOE <<Gaceta de Madrid>> núm. 206, de 25 de julio de 1889.

Llegados a este punto, es posible por tanto que haya menores que no hayan cumplido 18 años, pero que podrán actuar en el ámbito jurídico como adultos, al otorgárseles la emancipación, a salvo de las excepciones que se puedan señalar expresamente en las leyes². Según el artículo 323 párrafo primero del Código Civil, el menor no podrá hacer hasta ser adulto algunos negocios jurídicos como tomar dinero a préstamo o gravar y enajenar bienes inmuebles, pero sí que se le concede la habilidad de regir su propia persona como si fuese mayor, incluyendo en esta habilidad todo lo que concierna a ejecución de derechos relacionados con su persona o con sus bienes.

Un claro ejemplo del empleo de la madurez como ítem para conocer la capacidad que tiene el menor con sus derechos puede ser, por ejemplo, contemplando los derechos de la personalidad, derechos que se reconocen en nuestra norma jurídica suprema la Constitución Española en los artículos 10 y 18 en sus apartados primeros, los cuales dicen lo siguiente:

Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Artículo 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En este punto, podemos observar cómo se recoge la titularidad de derechos, pero su regulación expresa se contempla en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LO 1/1982); en donde en su artículo 3 se remite a la legislación civil, la cual señala que los menores a partir de 14 años podrán ejercer sus propios derechos personales, y mientras tanto, el consentimiento respecto a actos que afecten al derecho al honor, a la intimidad o la propia imagen lo deberán otorgar sus representantes legales poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que si éste se opusiese, decidiese el juez. Es decir, se hace mención expresa a que se tendrá en cuenta la madurez que el

² El propio artículo 322 del Código Civil, al hablar de los mayores de edad señala: “*El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.*” Teniendo en cuenta que los artículos precedentes equiparan la concesión del beneficio de la mayoría de edad a menores de edad, se puede considerar que a estos menores considerados mayores de edad les es de igual modo aplicable este precepto.

menor posea, por lo que se encuadra como vértice de la regulación dicha madurez, pues ellos serán los que deberán consentir atendiendo a este criterio.

La remisión que se realiza, la podemos encontrar en apartado primero del artículo 162 del Código Civil, que señala que un límite en el ejercicio de la patria potestad será este tipo de derechos de la personalidad. El art. 162.1 CC dispone que los padres que posean la patria potestad tendrán la representación legal de los menores no emancipados, pero que no podrán realizar actos relacionados con el derecho de la personalidad del menor, puesto que, si éste tiene madurez, deberá ejercerlos el menor, reservándose los padres su participación únicamente como responsables parentales en el deber de velar por ellos.

Podemos encontrarnos con otra serie de situaciones en donde el menor adquiere capacidad para poder decidir y manifestarse aun cuando no esté emancipado, es decir, en donde se considerará de manera presunta que el menor tiene madurez suficiente para responder y ser consciente de diversos actos y consecuencias, por ejemplo, respecto al acogimiento o a la adopción, es necesario que si al menor se le considera con madurez suficiente o si fuese mayor de doce años, en todo caso, habrá de prestar por sí mismo el consentimiento para poder llevar a cabo dicho acogimiento o dicha adopción. Más en concreto en los artículos 173.2 y 177.1 CC, determinan que el acogimiento necesitará el consentimiento de los acogedores y del propio menor acogido si éste tiene suficiente madurez y, siempre, si es mayor de doce años, y que tendrá que consentir la adopción, en presencia del Juez, tanto el adoptante o los adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

Dejando a un lado el ámbito civil, podemos encontrar menciones a este tipo de situaciones en el ámbito penal, en donde la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establece que, aunque como bien dice el artículo 19 del Código Penal, los menores de 18 años no podrán responder penalmente de sus acciones o delitos, sí que podrá exigírseles cierta responsabilidad al menor por sus acciones cuando éste tenga más de 14 años, al considerar que es edad suficiente en donde el grado de madurez le permite desarrollar concepciones como el bien y el mal, entender qué es un delito y poder asumir las consecuencias, adaptando dichas responsabilidades a su madurez y a sus necesidades. Mencionándose esto ya desde la Exposición de Motivos de dicha ley y en el artículo 1 del mismo cuerpo normativo.

1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos

*o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales. 2. Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.*³

3. El consentimiento médico informado:

3.1. Concepto.

El consentimiento informado se conforma en el ordenamiento jurídico como el derecho que todo paciente posee, por el que prestará el consentimiento para recibir un tratamiento una vez se le haya informado de los riesgos y beneficios que deriven de dicho tratamiento o procedimiento médico. El consentimiento médico se conforma en virtud del ejercicio del derecho de autonomía y de autodeterminación que éste posee, por tanto, se consagra a su vez como un deber u obligación por parte del personal sanitario, que debe solicitarlo para cualquier actuación.

La ausencia del consentimiento informado -considerando el consentimiento médico informado como uno de los elementos primordiales de la *lex artis médica*⁴ en la relación médico paciente- puede derivar en la responsabilidad civil patrimonial de los profesionales sanitarios, puesto que tienen el deber de informar de la actuación sanitaria asistencial, y si no cumplen ese deber incluido en sus obligaciones, pueden ser responsables, tal como señala la STS de 4 de marzo de 2011⁵, fundamento de derecho tercero, rememorando la jurisprudencia⁶ ya sentada en la Sala: *“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 de 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*

³ BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000.

⁴ Entiéndase *“lex artis médica”* como aquel conjunto de actuaciones médicas que son aceptadas como correctas y necesarias para tratar a los enfermos, puesto que conforman las reglas técnicas necesarias para el adecuado ejercicio de la actuación del profesional sanitario.

⁵ Repositorio Oficial de Jurisprudencia por la ID de CENDOJ: STS 1804/2011.

⁶ STS de 10 de mayo de 2006. ROJ: STS 3027/2006.

inviolables, que le son inherentes(...)” En este mismo sentido, la STS de 5 de junio de 2019⁷ y STS de 22 de octubre de 2019⁸ señalan en sus fundamentos de derecho primero que la mala praxis de los casos se debían especialmente a una falta en el consentimiento informado.

Continúa el TS mencionando que, para considerar tal responsabilidad por parte del personal sanitario, es necesario que no simplemente concurra la falta de consentimiento informado, sino que la propia actuación médica produzca en sí un hecho dañoso para el paciente y no que la fundamentación de ese daño será únicamente la falta de consentimiento informado. *“Sin daño no hay responsabilidad alguna. "La falta de información, (...), no es per se una causa de resarcimiento pecuniario", lo que parece lógico cuando el resultado no es distinto del que esperaba una persona al someterse a un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica; doctrina que se reitera en la Jurisdicción Contencioso Administrativa para la que la falta de información no es per se una causa de resarcimiento pecuniario, salvo que haya originado un daño derivado de la operación quirúrgica, evitable de haberse producido”*

Este carácter de obligatoriedad⁹ respecto del consentimiento informado se señala expresamente por la jurisprudencia, como se refleja en la STS de 20 de octubre de 1997¹⁰, fundamento de derecho primero, en tanto que señala: *“Ahora bien, un elemento esencial de esa "lex artis ad hoc" o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, es el de la obligación de informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo”*

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en

⁷ROJ: STS 1840/2019.

⁸ROJ: STS 3503/2019.

⁹ Mismamente se observa el carácter de obligatoriedad de informar por parte del personal médico para que el paciente pueda ejercer su derecho de autodeterminación como finalidad de tal deber de información en la STS de 10 de mayo de 2006 (ROJ: STS 3027/2006), fundamento jurídico cuarto, cuando se determina que: *“La Jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica (...) Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (...) Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma”*.

¹⁰ ROJ: STS 5813/1997

adelante Ley 41/2002), regula los derechos del paciente respecto a su autonomía y el deber de información sanitaria, cabe destacar que, aunque esta norma tiene carácter básico, existen normas de las Comunidades Autónomas que regulan estos temas en base a la competencia que tienen atribuida. La Ley 41/2002 se refiere al consentimiento informado en el artículo 2, dedicado a los principios básicos, el cual hace mención en un primer momento a la dignidad de la persona y el respeto de la autonomía de la voluntad en relación a la actividad sanitaria en torno a la obtención, utilización o transmisión -entre otros- de la información, así como el deber de obtener el consentimiento previo de los pacientes en toda actuación referente al ámbito sanitario después de que éstos hayan recibido una información adecuada, para que así puedan decidir libremente.

El art. 3 de la Ley 41/2002, recoge distintas definiciones respecto a qué se entiende sobre algunos conceptos específicos, en especial, recoge la definición legal de consentimiento informado señalando que es: *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.*¹¹ Es decir, entiende por consentimiento informado la manifestación de la voluntad de un paciente, cuya voluntad ha sido forjada y manifestada de manera libre, sin presiones externas, de manera consciente y coherente con respecto a una información que se le ha comunicado por parte del personal médico previamente a la toma de decisión sobre una situación en relación a su salud.

Se hace referencia al consentimiento informado en el art. 8 de la Ley 41/2002, en el cual se señala que toda actuación en el ámbito sanitario, requerirá el consentimiento libre y voluntario del paciente -o su representante legal cuando así lo señale la ley-, y que dicho consentimiento libre y voluntario se otorgará una vez se haya recibido por parte del paciente o afectado la información relativa al caso, como la naturaleza de la situación médica, la finalidad de las actuaciones, los riesgos, las consecuencias e incluso posibilidad de alternativas. En base a lo anterior, podemos señalar por tanto que los pilares fundamentales sobre el que se asienta el consentimiento informado, así como la autonomía del paciente, son tres: la capacidad, la información y la voluntariedad ¹².

¹¹BOE núm. 247, de 15 de noviembre de 2002.

¹² RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El consentimiento informado de la persona menor de edad a los tratamientos e intervenciones médicas”, *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 13, 2017, p. 30-44.

3.2. Los elementos del consentimiento informado

En base al art. 3 Ley 41/2002, y como ya se ha hecho mención anteriormente, el consentimiento informado parte de la unión de prestar un consentimiento por parte del paciente una vez se ha adquirido una información relevante, la cual ha sido transmitida por los profesionales sanitarios. Estos dos componentes -información y consentimiento¹³- se entienden como inseparables, puesto que deben concurrir y darse a la vez para considerar que el paciente ha manifestado su voluntad sin ningún tipo de error o vicio en su consentimiento.

El propio Tribunal Constitucional remarca la importancia de estos elementos a la hora de prestar el consentimiento para una actuación médica, como se refleja en la STC 37/2011¹⁴, de 28 de marzo, en su fundamento jurídico quinto: *“El consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación”*. En este sentido podemos encontrarnos con la STS de 6 de febrero de 2020¹⁵ en donde se señala que toda intervención debe realizarse con consentimiento, puesto que el derecho a la integridad física del cuerpo se protege constitucionalmente, siendo no solo un derecho indisponible sino intangible, por lo que existe un derecho a no sufrir menoscabos en la propia persona si falta el consentimiento.

Partiendo de las distintas normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento jurídico, hay que recordar en un primero momento que una persona para poder prestar un consentimiento tiene que ser capaz de ello, es decir, tiene que poseer capacidad suficiente para poder otorgar su libre consentimiento, encontrándonos en un derecho de la personalidad como es derecho de autodeterminación y de la autonomía de la voluntad, en este tipo de derechos la capacidad exigida no es otra que la propia capacidad natural, es decir, que la persona que va a prestar el consentimiento -en este caso, el paciente- se encuentre en pleno uso de sus facultades, para ello no debe tener la capacidad

¹³ LOZANO ARJONA, M., “Novedades legislativas modificativas de la autonomía de la voluntad de los pacientes”. *Diario La Ley*, núm. 8637, 2015.

¹⁴ BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011

¹⁵ROJ: 378/2020.

judicialmente modificada, así como tener la inteligencia intelectual y volitiva suficiente para entender la información que se le está otorgando y que pueda comprender el alcance de la misma.

a) La información.

En el Capítulo II de la Ley 41/2002 se regula el derecho de información sanitaria, en especial el artículo 4 hace mención al derecho a la información asistencial, es decir, el derecho que tiene el paciente de conocer la información relativa a las actuaciones médicas que sean de relevancia en el ámbito de su salud. En el apartado primero se recogen los requisitos que debe cumplir la información que se administre al paciente, ésta debe referirse a la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. En el mismo apartado se señala además que, como regla general, aunque la información se proporcione de forma verbal, habrá que dejar constancia por escrita en la historia clínica, hecho que se realiza con efecto *ad probationem*¹⁶, -la forma escrita del consentimiento informado del paciente, no constituye su validez por lo que podrá ofrecerse de forma verbal, correspondiendo la carga de la prueba al médico¹⁷-, y como señala el artículo 2 del mismo cuerpo legal, simplemente se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley, siendo éstos según el artículo 8.2, las intervenciones quirúrgicas, procedimientos de diagnósticos o terapéuticos invasivos para el paciente, o cualquier otro procedimiento que pueda suponer un riesgo para el paciente o que pudiera tener repercusiones negativas en la salud.¹⁸

La importancia de esta información junto con la manera en que ésta debe transmitirse -de manera clara, verdadera, comprensible y adecuada a la situación cognitiva del paciente para que éste lo entienda y pueda conocer el alcance de la misma para tomar sus propias decisiones¹⁹-, además de señalarse expresamente en la ley²⁰, es un tema al que

¹⁶ Como señala el Tribunal Supremo en su STS de 9 de junio de 2015 (ROJ: STS 336/2015): «*es doctrina reiterada de la Sala que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor "ad probationem"*»

¹⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil -Mercantil*, núm. 5/2011, 2011

¹⁸ Ello se observa por ejemplo en la STS de STS de 22 de octubre de 2019 (ROJ: 3505/2019) cuando en una situación de complicaciones no se recoge el consentimiento médico por escrito, puede dar lugar a una indemnización.

¹⁹ LOZANO ARJONA, M., “Novedades legislativas... op., cit.

²⁰ Apartado segundo del art. 4 Ley 41/2002: “La información clínica (...) será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”

alude en múltiples ocasiones el Tribunal Supremo en sus sentencias, como puede verse en la STS 13 de mayo de 2011²¹, fundamento de derecho segundo, en el que se señala que: *“Esta información que se proporciona al paciente antes de la intervención, y el correlativo consentimiento por parte de este es, por tanto, un presupuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica. Como tal, debe hacerse efectiva con tiempo y dedicación suficiente para que el paciente pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto”*.

La información no ha de proporcionarse únicamente al inicio del tratamiento, sino que se señala en múltiples sentencias del Tribunal Supremo²² que han sentado jurisprudencia, que esta información además de ser comprensible y completa, debe ser continuada a lo largo de todo el proceso de salud. De igual manera, ello se señala en el Acuerdo núm. 261 del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de 6 de noviembre de 1995, cuando en las consideraciones generales del consentimiento informado en el apartado primero señala que:

“La información recibida por el paciente debe entenderse como un proceso gradual y continuado a lo largo de todo el proceso asistencial, que se realiza en el seno de la relación médico-enfermo durante todo el proceso, y que debe permitir que el paciente participe activamente en la toma de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad²³.”

Una vez analizada la información como derecho del paciente, hay que hacer una última mención a la información como deber del médico responsable, tal y como señala el apartado tercero del art. 4 Ley 41/2002, en el cual se determina que el médico

²¹ ROJ: STS 2500/2011.

²² Así lo señalan las sentencias STS de 13 de mayo de 2011 (ROJ: STS 2500/2011), STS de 25 de abril de 1994 (ROJ: STS 2851/1994) y STS de 6 de julio de 2007 (ROJ: STS 4806/2007) cuando hacen referencia al artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo actualmente derogado: *“información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”*

²³ Acuerdo N.º 261 del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e igualdad, sobre el consentimiento informado, acta núm. 39, de 6 de noviembre de 1995.

responsable²⁴ le garantizará el cumplimiento de su derecho a la información, así como todos los profesionales que le atiendan en el procedimiento asistencial o le realicen alguna técnica se responsabilizarán de informarle como es debido. Dentro de esta obligación de informar, el artículo 10 determina qué información mínima tiene la obligación el facultativo de proporcionar al paciente:

- a) *Consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.*
- 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. Las contraindicaciones.*²⁵

De igual modo, la obligación del profesional²⁶ sanitario de informar y de recabar el previo consentimiento del paciente es especialmente relevante cuando, ponderando la situación, el resultado de la intervención sea dudoso²⁷. Cuanto más dudoso sea el resultado de un tratamiento médico, mayor debe ser la información que se ha de proporcionar al paciente.

En lo que a la información cabe, hay que mencionar que el propio artículo 4 Ley 41/2002, que regula el derecho a la información asistencial, en su párrafo primero recoge la opción en donde el propio paciente no quiera ser informado, al ser ésta su voluntad debe respetarse y por tanto no se le debe informar de las actuaciones médicas cuando así lo desee, aunque para ello, es necesario que, como recoge el artículo 9.1 1 sobre “límites del consentimiento informado y consentimiento por representación” la renuncia del

²⁴ Atendiendo a la definición que otorga el art. 3 Ley 41/2002 respecto a médico responsable: “*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*”.

²⁵ 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. BOE núm. 247, de 15 de noviembre de 2002.

²⁶ Así se señala por el propio Tribunal Supremo, STS de 6 de julio de 2007 (ROJ: STS 4806/2007), fundamento jurídico cuarto: “*La información constituye un presupuesto y elemento esencial de la “lex artis” y como tal forma parte de toda actuación asistencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (...) se traduce en la obligación que tienen los profesionales de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas*”

²⁷ Apartado segundo del artículo 10 Ley 41/2002.

derecho a ser informado conste documentalmente. Esta renuncia se matiza en el mismo artículo mencionado, señalando que la renuncia del paciente a recibir la información necesaria se verá limitada por el interés de la salud del paciente, así como en interés de la salud de terceros, de la colectividad o por las exigencias terapéuticas del caso.

Por último, el derecho a la información por parte del paciente podrá limitarse si hay una necesidad terapéutica, esta excepción se recoge en el apartado cuarto del artículo 5 Ley 41/2002, que explica qué se entiende por necesidad terapéutica, *“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”*. Si esto ocurriese, debería dejarse constancia por escrito en la historia clínica de las razones que han motivado esta necesidad terapéutica, y comunicar esta actuación a las personas vinculadas al paciente, ya sea por razones familiares o, de hecho.

b) *La expresión del consentimiento.*

El consentimiento es la libre manifestación de la voluntad del paciente respecto a qué desea en la actuación sanitaria, y dicha manifestación se producirá después de que se le haya administrado la información necesaria que permita ejercer la autodeterminación. El consentimiento informado es la materialización de la autonomía de la voluntad.

El consentimiento como situación en donde el paciente o su representante legal elijen libremente de entre las posibilidades disponibles según la información otorgada por el personal sanitario, se puede relacionar estrechamente con la definición que aporta el artículo 3 Ley 41/2002 respecto a la libre elección: *“la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso”*, puesto que el consentimiento será la manifestación libre de la voluntad paciente, es decir, el consentimiento se caracteriza por la libre elección que el paciente puede hacer.

Este consentimiento, tal como se señala en el artículo 8 apartado 2²⁸ Ley 41/2002 se hará de forma verbal como regla general, excepto en determinadas situaciones recogidas en la ley que deberán recogerlo por escrito, *“intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que*

²⁸ “2. El consentimiento será verbal por regla general”.

suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

El consentimiento debe hacerse de forma expresa atendiendo a las circunstancias específicas de la situación clínica, es decir, no cabe prestar el consentimiento a través de un documento o formulario genérico en donde hay ausencia de información concreta, puesto que, como señala la SAP A Coruña de 23 de julio de 2009²⁹ en el fundamento de derecho séptimo, *“Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas”.*

En la citada sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña se explica que, aunque la finalidad de prestar de forma escrita el consentimiento informado es actuar como prueba escrita de que se otorgó un consentimiento -recordemos que el consentimiento normalmente se otorga de forma verbal-, cuando el consentimiento se presta a través de un documento impreso en donde falta la información básica y personalizada del paciente, se considerará dicho consentimiento viciado, ya que no sirve para prestar conformidad. Esta misma doctrina se recoge en otras sentencias, como es el caso de la SAP Alicante, de 23 de octubre de 2007³⁰, en donde se imputa una conducta imprudente al personal sanitaria por actuar en ausencia de consentimiento informado, por considerar que el consentimiento informado es un acto en donde el paciente debe actuar activamente y no simplemente en la realización de un mero trámite administrativo.

En el apartado quinto del artículo 8 Ley 41/2002 se señala que el consentimiento no es permanente, sino que se podrá revocar cuando así lo quiera el paciente, y lo revocará libremente y por escrito. Sin embargo, podemos encontrarnos con un límite, pues el artículo 9 apartado segundo Ley 41/2002 establece dos supuestos en los que el facultativo podrá realizar las intervenciones que considere necesarias e indispensables en pro de la salud del paciente, aun cuando no exista consentimiento por parte de éste, esas situaciones serían las siguientes:

²⁹ ROJ: SAP C 2396/2009.

³⁰ ROJ: SAP A 2218/2007.

- Existe riesgo para la salud pública por razones sanitarias establecidas en la ley, por lo que una vez se hayan llevado a cabo todas las medidas oportunas, el sanitario deberá comunicar a la autoridad judicial en un plazo máximo de 24 horas las actuaciones médicas llevadas a cabo si necesita internar obligatoriamente al paciente, como se señala de conformidad en la Ley 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.
- Existe riesgo inminente y grave respecto a la salud del paciente, o respecto a su integridad física o psíquica, no pudiendo obtenerse el consentimiento del paciente -por ejemplo, por estar inconsciente-, aunque, si fuese posible, en esta situación habría que consultar a los parientes o personas relacionadas con el paciente.

3.3. Personas que otorgan el consentimiento informado.

El art. 5 de la Ley 41/2002 establece quién es la persona titular del derecho a la información asistencial. Se señala expresamente que el titular del derecho a la información asistencial será el propio paciente, pero que también serán de igual modo informadas las personas vinculadas a él, ya sea por razón familiar o de hecho cuando el paciente lo permita, o las circunstancias así lo requieran.

Hay que atender a la definición que realiza el artículo 3 Ley 41/2002 del paciente como *“la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud”*. Sin embargo, pese a que se expresa que el paciente será el que reciba la información y será informado, aun en caso de incapacidad, por ser el titular del derecho de información, sí que se le explicará de modo adecuado a su capacidad de comprender, -informando de igual modo a su representante legal o las personas vinculadas a él cuando éste se considere que carece de capacidad³¹-, el consentimiento informado no lo dará este paciente por esa situación de incapacidad, sino que será necesario que el consentimiento informado se otorgue por representación, como se establece en el artículo 9 apartado tercero de la Ley 41/2002.

Otorgar el consentimiento por representación, como se recoge en el art. 9.3 Ley 41/2002, podrá hacerse en tres situaciones:

³¹ Así se configura en el apartado tercero del art. 5 Ley 41/2002: *“3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”*.

- Cuando el paciente no sea capaz por sí mismo de tomar decisiones según el criterio del profesional sanitario responsable de su asistencia, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, en ese caso, si la persona no tiene un representante legal, el consentimiento lo otorgarán las personas vinculadas a él, ya sea por una razón familiar o, de hecho.
- Cuando el paciente tenga la capacidad judicialmente modificada y se señale en la sentencia que el consentimiento deberá prestarse por representación, lo otorgará quien aparezca en la sentencia como representante legal.
- Cuando el paciente es menor de edad y no es capaz, según el criterio médico, ni intelectual ni emocionalmente de comprender la información, ya sea los riesgos, las consecuencias o el alcance de las intervenciones, en ese caso, el consentimiento informado lo otorgará el representante legal del menor, normalmente los progenitores, aunque, en este supuesto, deberá oírse al menor como se señala en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996, LOPJM).

Sin embargo, se contemplan dos opciones, en donde cabrá el consentimiento informado, la primera opción que se contempla en el segundo párrafo del artículo 9.4 Ley 41/2002, cuando un menor está emancipado o es mayor de 16 años, como regla general no cabe el consentimiento por representación excepto si se trata de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, en donde una vez oído al menor y tenida en cuenta su opinión, como señala el art. 9 LOPJM, el consentimiento informado lo dará su representante legal, normalmente los progenitores. Esta opción se introdujo en el año 2015 con la modificación que hizo la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en su Disposición Final Segunda en la Ley 41/2002, opción discutida y criticada por algunos sectores de la doctrina, como analizaremos más adelante. La segunda opción se introdujo de igual modo con la Ley 26/2015 siendo un matiz de lo anterior respecto al consentimiento en menores mayores de 16 años, en donde se señala que el menor mayor de 16 años no podrá otorgar el consentimiento si el facultativo estima que no tiene madurez suficiente para ello y, en ese caso, también serán sus representantes legales los que emitan el consentimiento.

En lo que respecta al otorgamiento de consentimiento por representación, los apartados 6 y 7 del ya mencionado art. 9 Ley 41/2002, nacidos a partir de la modificación que la Ley 26/2015 hizo en el art. 9 Ley 41/2002, aunque se analizarán con posterioridad, sólo

cabe mencionar que dicho consentimiento se deberá adoptar atendiendo siempre al mayor beneficio posible para la vida o salud del paciente, así como que dicho consentimiento será adecuado respecto a las circunstancias y será proporcional a las necesidades que haya que atender del paciente, siempre en favor del paciente así como del respeto a su dignidad personal, y que éste, siempre que sea posible, participará en la medida de lo posible.

Por último, si cuando haya que prestar un consentimiento por representación los representantes adoptan una decisión que pudiese ir en contra del beneficio del paciente a criterio médico, se deberá poner en conocimiento de la autoridad judicial la situación. Así como también se pondrá en conocimiento de la autoridad judicial la actuación médica realizada para salvaguardar la vida del paciente ante una situación de urgencia cuando no fuese posible recabar previamente el consentimiento informado. Como ya hemos señalado, estos temas se analizarán con profundidad más adelante, al estudiar el consentimiento por representación respecto a los pacientes menores de edad.

3.4. El fundamento del consentimiento médico informado: su relevancia en el ordenamiento jurídico.

El consentimiento informado es un mecanismo de protección a la vida de las personas, directamente relacionado con el derecho reconocido en la Constitución Española en su artículo 43 apartado primero, *“Se reconoce el derecho a la protección de la salud”*, pudiendo vincular este derecho con el artículo 15 del mismo cuerpo legal, el cual establece que *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”*, constituyéndose la salud como una extensión del derecho a la vida y a la integridad física, no pudiendo por tanto decidir sobre la salud de una persona de manera contraria o negativa a la misma, o influir en una persona para que decida sin las herramientas necesarias para que ella misma vele por su seguridad y salud. Salvo, claro está, que la propia persona como paciente desee realizar algo que pueda ser contrario a su salud, encuadrando esta situación en el artículo 10 de la Constitución Española, al considerar que las decisiones que se toman en el ámbito sanitario respecto a un tratamiento se pueden encuadrar en el plano de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, no pudiendo forzar a nadie a prestar un consentimiento para algo que no desea consentir, al ser una persona con autonomía de la voluntad.

Así se refleja en la STC 37/2011 28 de marzo³², cuando se refiere al consentimiento otorgado después de una información previa *“como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.*

Esta misma doctrina se recoge en otras decisiones judiciales precedentes, al determinar que la vulneración del consentimiento informado constituye un ataque a la dignidad de la persona, a su derecho a la vida y a su integridad. Como se aprecia, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo STS de 12 de enero de 2001³³ en el fundamento jurídico primero o la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 23 de julio de 2009³⁴, en el fundamento jurídico sexto, pues determinan que, si el consentimiento se presta de manera viciada porque la información que se le administra sea deficiente o insuficiente, se estará atacando a la dignidad de la persona, a su derecho a la vida así como a su integridad y libertad de conciencia, no siendo el consentimiento informado un mero formalismo, pues el consentimiento informado se encuentra fundamentado en la CE en los derechos señalados, pues concierne a la dignidad de la persona, a la libertad y a la autonomía del individuo; pues el consentimiento informado se configura como pilar fundamental en la autodeterminación de los pacientes para decidir sobre su salud. En ambas sentencias se señala el cuerpo legal a nivel internacional en el que se recoge el consentimiento informado, Convenio de Oviedo de 1887³⁵; en su artículo 5 *“Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”*.

³² BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011

³³ ROJ: STS 74/2001

³⁴ ROJ: SAP C 2396/2009

³⁵ Convenio del Consejo de Europa de 1997 para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina. BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999

4. El consentimiento informado de los pacientes menores de edad

4.1. Análisis del artículo 9 de la Ley 41/2002

En el marco jurídico español, el consentimiento médico que puede otorgarse en caso de menores se encuentra en el artículo 9 de la Ley 41/2002, el cual contiene los elementos para analizar y estudiar el consentimiento que se otorga, ya sea por representación por parte de sus padres o tutores, encuadrado en el apartado tercero, o cuando se otorga por el propio menor; sufriendo una importante modificación en el año 2015, modificación que se explicará más adelante juntos a situaciones que propulsaron dicha modificación.

a) El art. 9 Ley 41/2002 antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015.

Antes del año 2015, el apartado tercero c) determinaba que, por un lado, si el menor no era capaz intelectual ni emocionalmente para entender y comprender, el consentimiento lo otorgarían los representantes legales después de haber escuchado al menor en el caso de que éste tuviera 12 años; y, por otro lado, que si el menor estaba emancipado o tenía más de 16 años, el consentimiento no podría prestarse en ningún caso por representación, sería el menor el que otorgase el consentimiento, incluso en situación de grave riesgo. En estos casos de grave riesgo se informaría a los padres, teniendo en cuenta la opinión de éstos, pero sin que pudieran consentir.

En base a esa regulación, interpretando a sensu contrario el primer apartado, podríamos decir que un menor maduro, con capacidad de entendimiento y discernimiento a criterio del médico facultativo, aunque no hubiera cumplido los 16 años, podría consentir por él mismo, y si no tuviese dicha capacidad, el consentimiento se otorgaría por sus padres, pero con deber de escuchar al menor si tenía más de 12 años. En el caso del menor que no ha cumplido 16 años se tiene en cuenta el grado de madurez del menor, tanto para decidir por él mismo como para escuchar su opinión. Respecto al menor que ya ha cumplido 16 años siempre tendrá que otorgar su propio consentimiento, no cabiendo representación por parte de sus padres ni siquiera en situación de grave riesgo para la salud, porque la norma presumía que estos menores gozaban de plena capacidad para prestar el consentimiento informado. En este sentido, hay que mencionar el Observación N.º 12 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 2009, en donde se define la madurez como “*capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado*”.

Encuadrándonos en este contexto y en este marco jurídico, parecía estar establecida la capacidad del menor para prestar el consentimiento en base a un criterio objetivo respecto a los menores mayores de 16 años, y en base al criterio subjetivo de la madurez respecto a lo que no habían cumplido esa edad de 16 años, aunque había algunas controversias. En primer lugar, como señala Cadenas Osuna³⁶, surgían dudas respecto al menor que no había cumplido aún los 12 años, puesto que, al menor maduro mayor de 12 años se le equiparaba a un mayor al poder decidir por sí mismo, y si no era maduro decidirían sus padres con la obligación de escuchar al menor y tenerle en cuenta. Por lo que una de las cuestiones que suscitaba la regulación es qué ocurría con los menores de 12 años cuando éstos fuesen considerados maduros por los facultativos sanitarios, ya que, por un lado, se entendía que el menor no estaba legitimado para prestar el consentimiento al no tener la edad mínima exigida, mientras que, por otro lado, se podría interpretar a sensu contrario, rechazando de plano que un menor maduro no pudiese decidir por sí mismo simplemente por tener menos de 12 años, y por tanto, podría aceptar o rechazar por sí mismo los tratamientos médicos.

En segundo lugar, se plantearon controversias respecto a menores de menos de 16 años, pero mayores de 12 años, con una edad en torno a los 14 o 15 años, controversias surgidas a la hora de decidir si tenían madurez para prestar el consentimiento por sí solos o si únicamente debían ser escuchados. Y, en tercer lugar, surgieron controversias en las situaciones de grave riesgo respecto a menores que ya tenían más de 16 años, puesto que podían decidir por ellos mismos teniendo en cuenta la opinión de sus padres, y existían dudas sobre si dejar una decisión que pudiese afectar a la salud de un menor en manos del propio menor.

En el año 1994, hay un acontecimiento social que creó expectativas respecto a la regulación del menor en el ámbito sanitario, provocando en el año 2012 la creación, la Circular 1/2012 por la Fiscalía del Estado, al intenta resolver cuestiones que atañen el consentimiento informado cuando hay menores involucrados y hay riesgo grave para la salud. Esta circular se promulga en el año 2012, después de dictarse una sentencia del Tribunal Constitucional en el año 2002, STC 154/2002, de 18 de julio³⁷, que resolvía un

³⁶ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, BOE, Madrid, 2018, p. 229

³⁷ BOE núm. 188, 07 de agosto de 2002.

caso en donde un menor de 13 años falleció por no recibir tratamiento médico por oponerse a éste.

El menor tenía una enfermedad que exigía un tratamiento consistente en una transfusión de sangre, los padres se opusieron a administrar el tratamiento por una convicción religiosa al ser testigos de Jehová, intentando una alternativa en otro centro médico, decisión que no pudo llevarse a cabo por la gravedad del menor. Dicho tratamiento no se administró aun cuando el juez decidió que el menor debía recibir el tratamiento y someterse a la transfusión de sangre. No se pudo realizar por parte de los facultativos por la oposición del menor al ser reacio al mismo por sus convicciones religiosas, provocando finalmente su fallecimiento. Se convirtió en un caso mediático por un lado, porque no pudo concluirse que el menor fuera lo suficientemente maduro para decidir por sí mismo la administración de un tratamiento médico, así como por el hecho de que sus padres quisieron ampararse en el derecho de libertad religiosa del art. 16 CE para poder oponerse a obligar al menor a recibir dicho tratamiento, surgiendo en España el debate de si era posible dejar morir a un menor que no tenía capacidad suficiente para decidir sobre su vida por un motivo religioso, vulnerándose de igual modo por los padres el deber de protección que tienen con sus hijos en tanto están sujetos a la patria potestad. El Tribunal Constitucional resolvió a favor de los padres del menor, señalando que se había vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa al ser condenados por un delito de homicidio en la STS de 27 de junio de 1997³⁸.

En este sentido, el Tribunal Constitucional defendió que el menor se expresaba con claridad a la hora de ejercitar su derecho a la libertad religiosa y a sus creencias religiosas, el cual coincidía con las creencias de sus padres, por lo que la exclusión del tratamiento médico fue voluntad del menor en base a su derecho de autodeterminación. En este punto, había quienes, como Santos Morón³⁹, defendían que el Tribunal Constitucional no se atrevía a afirmar que un menor de 13 años pudiese tener suficiente capacidad de entendimiento, así como juicio para ejercer sus derechos, puesto que, el Tribunal vacilaba al señalar que no había datos suficientes para afirmar que el menor tuviese madurez suficiente, pero que la reacción del menor para evitar el tratamiento y oponerse a éste de

³⁸ ROJ: STS 4567/1997.

³⁹SANTOS MORÓN, M.J., “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S154/2002 de 18 de julio”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7, 2002.

forma contundente era una exteriorización de una gran consciencia y una fuerte convicción, por lo que el Tribunal Constitucional consideraba determinante para resolver el caso la actitud mantenida por el menor, pero, sin llegar a afirmar que éste tenía capacidad suficiente para poder decidir por sí mismo.

La Fiscalía General del Estado intentó con la Circular 1/2012 complementar la fundamentación del Tribunal Constitucional, así como disipar las dudas que surgía entorno a los supuestos de grave riesgo para la vida o salud del menor cuando ésta dependiese de un tratamiento médico, como la transfusión de sangre, y el menor se opusiese al mismo. La Circular 1/2012 proponía un planteamiento algo diferente a la regulación que contenía el art. 9 de la Ley de Autonomía del Paciente Ley 41/2002, entendiendo que no iba a ser suficiente con el menor hubiese cumplido 16 años para presumir que era maduro, sino que a este criterio objetivo de la edad habría que añadir el criterio subjetivo de comprobar si era maduro, y replanteando el tema de los supuestos de grave riesgo. En este punto, es indispensable mencionar que la Circular buscó explotar al máximo el interés superior del menor, es decir, en proteger su vida y su salud, al dar prioridad a la vida y salud del menor frente al respeto a su derecho a autodeterminación.

En la mencionada Circular, se determina que el consentimiento informado es, como ya recogía la legislación, un derecho fundamental que no es ejercitable completamente por menores, puesto que hay que analizar la capacidad de estos. Se enfoca en buscar soluciones que resolviesen situaciones de grave riesgo para el menor, atendiendo a su interés superior cuando confluyesen diferentes creencias respecto a cuál debería ser la solución. Para ello, tuvo que señalar que, si no había grave riesgo para la salud del menor, la regulación era la correcta⁴⁰, sin embargo, si había un riesgo para la salud del menor, había que crear mecanismos que pudieran resolver la situación, pues no siempre era oportuno que los padres decidiesen, o que el propio menor decidiese, ya que existía la posibilidad de rechazar un tratamiento que salvase la vida del menor.

Las soluciones otorgadas por la Circular fueron las siguientes: (a) en primer lugar, permitir que los padres consientan un tratamiento que un menor maduro niega, puesto que en este caso prima la vida del menor y el ejercicio de la patria potestad por parte de los padres en su deber de protección parental, (b) en segundo lugar, eje fundamental de

⁴⁰ El menor maduro consentía si era mayor de 12 años, y siempre en el caso de menores emancipados o mayores de 16 años.

la creación de la Circular, en el caso de que los tutores renieguen y no consientan un tratamiento, y el menor maduro también lo niegue, o el menor no sea maduro para decidir, el facultativo podrá pedir autorización judicial para realizar el tratamiento, si en este caso no hubiese tiempo por ser una situación urgente de grave necesidad, podría actuar sin necesidad de consentimiento informado, amparándose en un deber de cumplir sus obligaciones ante un estado de necesidad. Es decir, se constituyó como un límite al consentimiento informado. (c) En tercer lugar, en el caso de que el menor se considerase maduro aceptase un tratamiento y sus representantes no, primará la vida del menor por lo que el facultativo podrá administrar dicho tratamiento o realizar la intervención, aunque haya oposición por parte de los padres o representantes.

b) El vigente art. 9 Ley 41/2002

El artículo 9 de la Ley 41/2002 fue reformado por la Ley 26/2015 de 28 de julio, -en cuya exposición de motivo se recoge en sí misma la obligatoriedad de incorporar la Circular 1/2012 a la Ley 41/2002 de autonomía del paciente respecto al consentimiento informado. En primer lugar, en el apartado tercero c), se mantiene el hecho de que el menor sin madurez de entendimiento intelectual y emocional no podrá consentir y el consentimiento lo prestarán por representación legal sus padres, pero ya no se señala la obligación de escuchar al menor de 12 años y que este aporte su opinión, sino que el hecho de escuchar al menor se hará remitiéndose al artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

En segundo lugar, la Ley 26/2015 introduce el apartado cuarto del art. 9, el cual es objeto de críticas al reducir la plena capacidad que tenían los menores mayores de 16 años, puesto que, mientras antes siempre eran ellos los que podrían prestar el consentimiento atendiendo a la opinión de los padres en caso de grave riesgo, en este supuesto, aun cuando el menor esté emancipado y se le equipare a un adulto, si hay una situación de grave riesgo, primará el deber parental por parte de los representantes y ellos deberán dar el consentimiento, aunque tenga que oírse al menor y tener en cuenta su opinión. En concreto, el apartado 4 del art. 9 Ley 41/2002 establece que *“4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior -sin la capacidad judicialmente modificada y capaz intelectual y emocionalmente-, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una*

actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tomada en cuenta la opinión del mismo."⁴¹

Estas modificaciones son fruto de la idea de que la vida del menor debe prevalecer sobre cualquier otro derecho, ya que el interés superior del menor y la vida del mismo se considera que tienen un valor prioritario dentro del ordenamiento jurídico. Por ello, puede, en situación de riesgo para el menor, limitarse sus derechos de dignidad y del libre desarrollo de la personalidad -que conforman el derecho de autonomía-, obviando además sus las convicciones y de sus representantes legales si suponen un hándicap, permitiendo que sean los facultativos quienes actúen o que la autoridad judicial sea quien decida.

Con la modificación mencionada, podemos observar dos cuestiones fundamentales, por un lado, se elimina en cierta medida el criterio biológico de la edad como límite objetivo, puesto que ya no exige un mínimo de 12 años para escuchar al menor a la hora de recibir o un tratamiento, sino que se atienden a criterios de madurez, como se indica en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, es decir, se atienden a criterios subjetivos para interpretar la capacidad del menor en relación a la madurez que éste posee.

Por otro lado, la cuestión que crea más controversias, la limitación de la capacidad del menor de edad mayor de 16 años, puesto que desaparece *la mayoría de edad en el ámbito médico* a los 16 años y anula por ende la capacidad del menor en situaciones de grave riesgo, aun cuando en otros ámbitos del ordenamiento jurídico tuviese plena capacidad para decidir sobre aspectos que atañen a sus derechos fundamentales de autonomía, dignidad y libre desarrollo de su personalidad. Dentro de esta limitación de la capacidad al menor mayor de 16 años, surge el debate de cuándo y cómo considerar al menor no maduro por el facultativo y que, por ende, no pudiera prestar él mismo el consentimiento y lo tuviesen que otorgar sus representantes legales. Las dudas partes de la presunción en la que el menor es maduro a partir de 16 años, romper con esa presunción exige demostrar por el facultativo que, a su juicio, el menor carece de la capacidad suficiente.⁴²

⁴¹ BOE núm. 247, de 15 de noviembre de 2002.

⁴² OGANDO DÍAZ, B., GARCÍA PÉREZ, C., "Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro". *Pediatría Integral*, vol. XI, 2007, pp. 880.

4.2. Los menores de edad y la medicina voluntaria

Vamos a empezar haciendo referencia a la distinción entre qué se entiende por medicina curativa y qué se entiende por medicina satisfactiva o voluntaria⁴³.

- La medicina curativa, asistencial o terapéutica, es la que busca mantener, restablecer o mejorar la salud de un paciente que padece una alteración patológica.
- La medicina satisfactiva o voluntaria se produce cuando el sujeto no padece una enfermedad previa, pero solicita de manera voluntaria a un facultativo que le realice una actuación sanitaria con un fin estético y no porque subyazca una dolencia o alteración patológica.

En el ámbito de la medicina voluntaria, al ser esta innecesaria para la salud, además de tener que cumplir los requisitos del consentimiento informado señalados en la Ley 41/2002, se ha configurado de manera particular por la jurisprudencia del Tribunal Supremo algunas matizaciones que hay que añadir, como proporcionar información de riesgos extraordinarios o las posibilidades de que la intervención no produzca los efectos deseados que se pretenden con la intervención⁴⁴, para que así el paciente pueda decidir si desea continuar o por el contrario desistir de la operación, es decir, para que pueda ejecutar su derecho autodeterminación en base a su salud. Señala el Tribunal Supremo en su STS Sala 1º de 21 de octubre de 2005⁴⁵, en su fundamento jurídico cuarto, que la información -que se administre al cliente o interesado⁴⁶- debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención o de obtener el resultado deseado, sino que también debe incluir secuelas, riesgos, complicaciones y resultados adversos, ya sean estos de carácter temporal o permanente.

En el caso específico de menores, en la medicina curativa el menor se está sometiendo a un tratamiento o intervención en donde el fin es curativo, es decir, la finalidad es obtener una situación beneficiosa para la salud del mismo, ya sea a través de su consentimiento

⁴³ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento...* op., cit., p. 153-154

⁴⁴ ARBESÚ GONZÁLEZ, V., “El consentimiento del menor en medicina voluntaria. A propósito de la reforma operada por la Disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica”. *Derecho y salud*, vol. 26, 2015

⁴⁵ ROJ: 6400/2005

⁴⁶ La jurisprudencia prefiere no denominar paciente a quien voluntariamente se somete a una intervención médica no curativa, por ello se le denomina cliente o interesado, ello se puede observar en las SSTS de 11 de febrero de 1997 (ROJ: STS 877/1997) y de 22 de noviembre de 2007 (ROJ: STS 7790/2007)

cuando éste es capaz de comprender y entender la información que se le administra del procedimiento, riesgos o el alcance de la actuación curativa; mientras que en la medicina voluntaria no hay un fin curativo, es decir, el menor se está exponiendo su salud, por lo que la capacidad para consentir debe revestirse de más formalidad ya que prestar el consentimiento puede suponer una serie de riesgos innecesarios.

Entonces, si el consentimiento informado se refuerza en una situación de medicina voluntaria de manera general, más se debe aumentar los refuerzos en situaciones de medicina voluntaria en menores, es decir, más debe protegerse el ejercicio del derecho de autodeterminación. Cabe destacar esa protección reforzada que se hace ante el menor cuando éste va a someterse a medicina satisfactiva o voluntaria, por ejemplo, en la normativa autonómica, haciendo mención al Decreto 49/2009, de 3 de marzo de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética, realizadas a menores en Andalucía⁴⁷. En dicho decreto se exige la realización de un examen psicológico para comprobar el grado de madurez que posee el menor que quiere realizarse la intervención. Por lo que se establece un requisito como obligatorio que a nivel estatal no aparece, es decir, se refuerza lo que la propia Ley 41/2002 a nivel estatal determina. Además, en dicho decreto se le da relevancia a que se adapte la información relativa a la intervención según la madurez y capacidad cognitiva del menor.

Según la regulación vigente del artículo 9 de la Ley 41/2002, un menor de edad podrá someterse a una intervención médica satisfactiva cuando sus representantes legales otorguen el consentimiento y se haya oído al menor, o cuando el menor tenga más de 16 años o esté emancipado. Sin embargo, como señala Arbesú⁴⁸ la doctrina es muy diversa ante el hecho de establecer una edad determinada como presunción para determinar la madurez psicológica de un menor en especial relación al ámbito de la medicina voluntaria. Puesto que, por un lado, hay autores que consideran que hay que analizar caso por caso para poder comprobar la madurez psicológica del menor y ver si le corresponde a éste decidir sobre su salud, mientras que hay otros autores que plantean que, a causa de los graves riesgos innecesarios que supone una intervención voluntaria, debería -al igual que hacen el apartado quinto del art. 9 Ley 41/2002 respecto a práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana- restringirse la edad de consentir

⁴⁷BOJA núm. 53, de 18 de marzo de 2009

⁴⁸ARBESÚ GONZÁLEZ, V., "El consentimiento... op., cit., p. 146.

respecto a medicina voluntaria a los 18 años, es decir, a la mayoría de edad legal, esto sería debido a que este tipo de intervenciones exigiría una madurez mayor. En este punto, de hecho, debemos hacer mención a una opción planteada por Ruiz Jiménez⁴⁹, cuando nos encontramos ante un menor que desea someterse a medicina voluntaria, pero subyace una patología o dolencia previa. En este supuesto, no se debería restringir la facultad de otorgar el consentimiento a la mayoría de edad, puesto que hay una necesidad terapéutica que aconseja y recomienda dicha intervención.

No obstante, habría que plantearse que se considera una necesidad terapéutica, pues, como establece la Organización Mundial de la Salud, la salud es “*el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de dolencias y enfermedades*”⁵⁰, según esta definición, atendiendo al bienestar mental, puede existir una situación en la que una intervención voluntaria sea propiciada por una patología psiquiátrica o psicológica, en donde se debería aplicar los requisitos correspondientes a una intervención curativa tradicional. Retomando las ideas de Ruiz Jiménez⁵¹, los menores tienen una obsesión con la idea de la belleza a consecuencias de los cánones sociales impuestos, por lo tanto, los propios menores se ven influenciados por esa idea de belleza -a veces irreal- pudiendo ocasionar una obsesión que derivase en una patología psiquiátrica o psicológica, en ese caso, ¿hay una necesidad para transformar y justificar tal intervención voluntaria en una intervención curativa? En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en la STS de 23 de mayo de 2007⁵², al señalar en su fundamento jurídico tercero que la información que se otorgue al cliente/interesado debe comprender las posibilidades de fracaso, secuelas, riesgos, complicaciones y resultados adversos; buscando de esta manera provocar que el menor -una vez analizada de forma *ad hoc* por el personal sanitario el grado de madurez y capacidad suficiente- o sus progenitores/tutores encargados de otorgar el consentimiento informado sean capaces. analizar todas las circunstancias y sopesar si tal intervención es necesaria

⁴⁹ RUIZ JIMÉNEZ, J., “La situación del menor en el ámbito sanitario”, *Revista Pediatría Atención Primaria*, vol. 13, N.º 50, 2011.

⁵⁰ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19 de junio -22 de julio 1946.

⁵¹ RUIZ JIMÉNEZ, J., “La situación... op., cit.

⁵² ROJ: STS 4302/2007

4.3. La opinión de los pacientes menores de edad.

En el año 2016 se publicó un estudio observacional descriptivo⁵³ realizado entre 100 pacientes que habían sido intervenidos quirúrgicamente, y a su vez eran pacientes menores de edad con edades comprendidas entre 12 y 18 años, edades que tienen relevancia en el ámbito jurídico por la posibilidad que tienen de participar en la toma de decisiones. Los pacientes procedían de dos centros sanitarios diferentes, 79 de ellos pertenecían al Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario Santa Lucía de Cartagena y 21 pertenecían al Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia.

La finalidad del trabajo consistía en “*valorar el proceso de obtención del consentimiento informado y la madurez en relación a una diversidad amplia de situaciones*”⁵⁴, debido a que había diferentes patologías entre los menores en donde la gravedad era variable, por lo tanto, podrían conocer por tanto la opinión de los menores en distintas situaciones en donde se modulase la gravedad de la situación. Del conjunto de menores involucrados, el 49% tenía 16 años o más, por consiguiente, el 51% era menor de 16 años⁵⁵, a su vez como otros datos de interés el 47% eran chicos y el 53% eran chicas, la mayoría cursaba estudios académicos y ninguno vivía fuera del hogar.

El estudio se diseñó con 31 ítems, en los cuales se recogían datos sociodemográficos, preguntas relacionadas con el derecho a la información y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario. Estos datos se procesaron con el programa IBM SSPSS Statistics 19.0. Algunos datos importantes que podríamos extraer, respecto al consentimiento informado fueron los siguientes:

- 17.7% no recibieron información por parte del personal sanitario respecto a la intervención y un 14% no recibieron información respecto a la enfermedad.
- 33% de los menores preferían que no se les informase ni se les explicase los riesgos de la intervención, y a su vez el 22% preferían que se informase a sus progenitores/tutores y que fuesen estos y no el personal sanitario quienes les

⁵³ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F.J.; GARCÍA CALVO, T.; PÉRES CÁRCELES, M. D.; OSUNA, E., “El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario”. *Derecho y salud*, vol. 26, 2016, p. 229-236

⁵⁴ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F.J.; GARCÍA CALVO, T.; PÉRES CÁRCELES, M. D.; OSUNA, E., “El menor de edad... op., cit, p. 230.

⁵⁵ Edad relevante teniendo en cuenta que se considera como presunción de madurez en el ámbito sanitario.

informasen de todo lo relativo a la intervención quirúrgica. De ellos, un total de 45.45% eran mayores de 16 años.

- 40.4% de los menores señalaron que conocían el formulario del consentimiento informado, pero sólo el 3.1% de ellos firmaron el consentimiento informado junto a sus padres, ninguno -ni mayores de 16 años- firmaron ellos solos el consentimiento informado.

De igual manera, a lo largo del estudio se les preguntó franjas de edades en las que considerasen que eran lo suficientemente maduros como para tomar sus propias decisiones en el proceso sanitario, como puede ser dar el consentimiento informado, la mayoría respondió 16 años, un número menor respondió 14 años y otro número respondió 18 años. Respecto a este planteamiento, se les pidió que volviesen a marcar la franja de edad en la que considerasen que eran lo suficientemente maduros y capaces para tomar sus propias decisiones en el proceso sanitario, pero ante determinadas intervenciones médicas y no de un modo genérico, y el resultado fue el que se incluye en la siguiente tabla⁵⁶:

	MODA	<16 años	16 años	>18 años
Cirugía estética	18	7.1%	15.2%	77.8%
Analítica sanguínea	10	78.8%	90.9%	5.1%
Fimosis	14-18	52%	66%	24%
Exodoncia	14	71.7%	91.3%	4.3%
Amigdalectomía	16	51.5%	74.7%	18.2%
Adenoidectomía	16	51.5%	74.7%	18.2%
Transfusión sanguínea	18	32.7%	54.1%	38.8%
Miringoplastia	18	31.6%	58.2%	28.6%
Septoplastia	18	31.6%	58.2%	29.6%

Analizando estos resultados se observa cómo los menores están conformes con las modificaciones legislativas realizadas en cuanto al otorgamiento del consentimiento informado, puesto que en su mayoría éstos se mueven en un margen de edad de 16 o más años para decidir por sí mismo en cuanto a su relación se refiere.

Es decir, nos encontramos en un marco jurídico en donde la ley reconoce dos franjas de edades muy diferentes para los menores, en una, a partir de los 16 años se presupone al menor maduro para poder decidir sobre aquellos aspectos que atañan a su salud siempre que no sea situación de grave riesgo para su salud, en donde decidirán sus

⁵⁶ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F.J.; GARCÍA CALVO, T.; PÉRES CÁRCELES, M. D.; OSUNA, E., “El menor de edad... op., cit, p. 232. Entendiendo MODA como el valor más repetido respecto a la edad más adecuada para que el menor decida, y los porcentajes hacen referencia a los menores que creen que a esa edad se puede decidir.

progenitores/padres, y una edad anterior a los 16 años en donde el menor podría decidir si el facultativo considera que éste tiene madurez suficiente⁵⁷ o, al menos tendrá el derecho a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta como señalan los artículos 9.3.c) Ley 41/2002 y 9 de la LO 1/996.

Los propios menores en este caso consideran que no son los suficientes maduros como para poder tomar ciertas decisiones trascendentales como es el ámbito de la salud, ellos no se consideran que sean capaces de entender el alcance de las consecuencias de determinadas situaciones sanitarias, ya sea por una pasividad y una actitud paternalista en ellos mismos que prefieren que sean sus progenitores/padres quienes sostengan la responsabilidad de ejercer el derecho del consentimiento informado, o porque no se ha instaurado correctamente el consentimiento informado y no se les ha informado debidamente por parte del personal sanitario.

En base a ello, se puede señalar que, querer determinar por el ordenamiento jurídico una presunción *iuris tantum* de cuando el menor es capaz y maduro para conocer el alcance de determinadas situaciones sanitarias no debería hacerse estableciendo un criterio biológico como es la edad, sino que debería atender a consideraciones como la gravedad del procedimiento o intervención, puesto que los propios menores consideran que a mayor gravedad debería elevarse la edad para decidir, mientras que por el contrario, ante situaciones en donde no hay riesgos y no hay conceptos complejos que entender respecto al proceso médico, la edad que debe tener el menor para consentir y ser capaz debería ser menor.

5. La opinión de la doctrina sobre la capacidad del paciente menor de edad para prestar consentimiento informado

Llegados a este punto, hay que poner sobre la mesa la opinión de los expertos que más pueden conocer la materia, como son juristas, médicos, psicólogos y personal relacionado expresamente con el cuidado del menor y el alcance que debe tener su capacidad para prestar consentimiento médico en el ordenamiento jurídico.

⁵⁷ Se extrae a sensu contrario del apartado c) del artículo 9.3 Ley 41/2002: “*se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (...)*”

En un primer momento, podemos encontrar posturas que, por un lado, abogan y defiende que el menor es una persona que goza de capacidad y autonomía para poder decidir correctamente sobre circunstancias trascendentales en su existencia como es el ámbito sanitario, mientras que, por otro lado, no falta quienes defienden la necesidad de establecer unos criterios mínimos de cuando considerar que el menor es lo suficiente maduro para afrontar decisiones en su esfera personal.

A continuación, se analizarán las opiniones que poseen algunos de estos autores, considerando que algunas de las referencias utilizadas son anteriores a la reforma del 2015, pero ello se aprovechará para analizar si la reforma realizada lo considerarían, de manera subjetiva, mejor o peor con respecto a la capacidad que debe demostrar el menor, según las críticas que hacían al sistema anterior y con respecto a las novedades que se introdujeron. Por un lado, Ruiz Jiménez⁵⁸, en cierto modo, no estaría conforme con las reformas realizadas, señala claramente que hay tres etapas evolutivas en el menor de edad:

- Los menores de 12 años no poseen un sistema propio de valores que les deje ponderar qué es lo mejor para ellos -considerando esta primera etapa desde el mismo nacimiento-,
- Entre los 12 y 16 años habría que limitar la capacidad de forma restrictiva, es decir, no se puede crear un criterio uniforme, sino que habría que valorar al menor, en esta etapa el menor se va forjando, aumenta su autonomía y querrá hacerla valer;
- Mientras que la tercera etapa sería a partir de los 16 años en donde acabaría esa minoría de edad -en el ámbito médico, hay que recordar que el menor sigue bajo la guardia y custodia de sus progenitores- en donde el menor será maduro para poder decidir.

En base a ello, la opción actual -interpretando a sensu contrario el artículo 9.3c) Ley 41/2002- de permitir que el menor de edad, incluso menor de 16 años, cuando sea capaz intelectual y emocionalmente de prestar el consentimiento por sí mismo, -al igual que, antes se establecía el deber de escuchar al menor de 12 años mientras que con las actuales modificaciones no se establece una edad mínima para escuchar al menor-, Ruiz Jiménez señalaría que es incorrecto y erróneo, puesto que no hay una evolución suficiente en el menor para que éste pueda ser consciente plenamente de las actuaciones que se llevan a cabo.

⁵⁸ RUIZ JIMÉNEZ, J., “La situación... op., cit.

Por otro lado, podríamos mencionar a Simón Lorda⁵⁹, quien, desde otra perspectiva diferente, no estaría de acuerdo ni con la antigua ni con la actual regulación. Puesto que, abogaba por unas franjas de edades en donde, como regla general pero no absoluta, por debajo de los 12 años podría considerarse que el menor no era capaz de tomar decisiones sanitarias. Mientras que, a partir de los 14 años podría establecerse una presunción de madurez para ejercer la autodeterminación por parte del paciente, es decir, la modificación en vez de continuar con el criterio biológico de 16 años debería haber reducido la edad hasta los 14 años en la que presumir la madurez del menor para poder decidir.

Ogando Díaz y García Pérez⁶⁰, respecto al desarrollo cognitivo señalaban que no hay una edad fija en donde se produzca el proceso de madurez, sino que hay diferentes etapas en donde el menor va adquiriendo conocimiento y va evolucionando, no hay forma neutral de aplicar estos estadios del desarrollo, aunque es posible presuponerlos, se pueden clasificar los siguientes parámetros de edad:

- Antes de los 8 años el menor se considera que no tiene conocimiento suficiente a la hora de actuar, sino que se lleva por impulsos o por el miedo. A partir de los 8 años empieza el proceso de aprendizaje, en donde el menor es consciente de las normas, por lo que no las obedece sólo por miedo al castigo, sino porque empieza a crear sus propios principios, es decir, empieza a desarrollarse su propia autonomía moral.
- 11-12 años, empiezan a estructurarse esos principios propios que ha empezado a desarrollar, incluyendo conceptos más complejos, en donde no simplemente conoce los valores, sino que es capaz de ponderarlos y analizarlos.
- 13-15 años, con gran convencimiento, el desarrollo moral se ha producido, por lo que el menor será capaz y maduro de decidir y tomar sus propias decisiones.
- 16-18 años, casi con total seguridad se ha alcanzado el desarrollo moral y volitivo.

En base a esta clasificación, podríamos decir que Ogando y García no estarían plenamente de acuerdo con la reforma realizada, puesto que a partir de 13 años el menor podría presuponerse maduro y capaz de consentir sin tener que esperar a la actual edad de 16 años, mientras que, por otro lado, es acertada la reforma en cuanto matiza el criterio

⁵⁹ SIMON LORDA, P., “El consentimiento: alianza y contrato, deliberación y decisión”, *Ética en cuidados paliativos*, Triascastela, Madrid, 2004, p. 79-108.

⁶⁰ OGANDO DÍAZ, B., GARCÍA PÉREZ, C., “Consentimiento informado... op. cit.

de edad de los 12 años para oír al menor, y se le puede oír aunque no haya cumplido esa edad si tienen madurez para ello..

Ello se apoya en las palabras propias de Ogando y García⁶¹, “*Esta doctrina establece que a partir de los 12 años se debe recabar el consentimiento de los menores (siempre que tengan suficiente juicio) en los temas que les afectan, y los jueces (y los profesionales sanitarios) han de tener en cuenta su opinión*”, quienes apoyan que hay actos en el ámbito civil relativos a los derechos de la personalidad más allá del ámbito sanitario donde un menor de 12 años puede decidir por sí mismo y actuar; es decir, mientras que el otros cuerpos legales como es el Código Civil limita la representación legal que tienen los padres respecto a sus hijos menores para permitir el desarrollo de su personalidad, la Ley 41/2002 así como las leyes que lo reforman, restringen ese desarrollo de la personalidad ampliando el abanico de situaciones en donde los padres podrán decidir por sus hijos.

Desde otro punto de vista, podemos encuadrar la opinión de Burke y cols.⁶², y de Cadenas Osuna⁶³, quienes estaría hasta cierto punto conforme con la actual regulación, introducida con la modificación de la Ley 26/2015, puesto que permite al personal sanitario analizar de forma *ad hoc* la capacidad del menor para otorgar el consentimiento, y si no, en todo caso, oírlo cuando se considere que no es suficientemente maduro para decidir por sí mismo, sin restringir ese derecho de oírlos a una edad mínima. Sin tener que esperar a que éste tenga más de 12 años, como mencionaba antiguamente la normativa mencionada. En especial, Burke y cols., defienden la idea de que los menores de 12 años tienen capacidad para entender complejos conceptos, así como determinados riesgos y beneficios cuando se adapta el lenguaje a su entendimiento, en base a ello, apoyarían en cierta medida la última modificación legislativa, puesto que, no se impone un criterio biológico para escuchar y tener en cuenta al menor, sino que se atenderá a su madurez. Cadenas Osuna defiende que esta reforma permite valorar y juzgar al menor cognitivamente por el personal médico independientemente de su edad biológica, por lo que ésta ya no es un requisito imprescindible a tener en cuenta, ni para ser escuchado en el caso de que sus progenitores tuviesen que decidir -ya no tiene que tener al menos 12

⁶¹ OGANDO DÍAZ, B., GARCÍA PÉREZ, C., “Consentimiento informado... op., cit., 878.

⁶² BURKE, T.M., ABROMOVITCH, R., ZLOTKIN, S., “Comprensión de los niños sobre los riesgos y beneficios asociados con la investigación”, *J. Med. Ética.*, N.º 31, 2005.

⁶³ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento...* op., cit.p. 232.

años como señala el art. 9 LOPJM- ni en el caso de que sean ellos mismos los que tienen la capacidad de decidir -interpretación a sensu contrario del artículo 9.3c) Ley 41/2002-.

Sin embargo, no estarían de acuerdo ni Burke y cols., ni Cadenas Osuna con la limitación realizada en los menores mayores de 16 años o emancipados en situación de grave riesgo. En el primer caso restringir, el derecho de autodeterminación del mayor de 16 años en favor de un consentimiento por representación otorgado por los padres, iría en contra del desarrollo del menor, de su autonomía de la voluntad, puesto que éste si es maduro, es consciente para tomar sus propias decisiones y conocer el alcance de las mismas. En el segundo caso, restringir el derecho de autodeterminación del menor emancipado, se estaría rompiendo con una estructura del propio sistema jurídico, puesto que el menor de edad emancipado no está sujeto a la patria potestad, o al menos, al menor emancipado se le equipara a un adulto al concedérsele el beneficio de la mayoría de edad⁶⁴.

Por último, se puede mencionar a una parte de la doctrina que critica el actual régimen establecido con las modificaciones realizadas en la Ley 41/2015, puesto que hay que determinar en cada caso concreto la capacidad y el juicio que posee el menor, recayendo dicha valoración en el personal médico, por lo tanto, puede plantearse como un problema para los profesionales sanitarios al derivar provocar cierta inseguridad e incertidumbre⁶⁵. Por ello hay autores que defienden que los supuestos en donde permitir que el menor tenga capacidad suficiente para decidir deberían ser únicamente en aquellos que están emancipados, ya sea partiendo de una sentencia judicial o por concesión de los propios padres, es decir, algunos toman la solución de evitar que cualquier menor de 18 años a excepción de los emancipados, puedan tener capacidad suficiente para decidir, puesto que de esta manera finalizarían los problemas que los médicos pudiesen tener respecto a las interpretaciones de madurez que hiciesen.

6. El recurso a la mediación en los casos de conflictos con pacientes menores de edad

Se ha planteado por algunos autores buscar algunas soluciones a estos conflictos sanitarios en donde concurren menores, a través de la mediación. La mediación

⁶⁴ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento...* op., cit.p. 141

⁶⁵ BELTRÁN AGUIRE, J.L., “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”, *Derecho y Salud*, vol. 15, 2007, p. 9-26.

transformativa de Bush y Folger⁶⁶ se concibe como una metodología efectiva de gestión de conflictos en el ámbito sanitario cuando existen menores en juego, tal y como plantea Raquel Luquin⁶⁷, en donde buscar que las partes implicadas puedan ser partícipes conjuntamente de la toma de decisiones evitando imponerse uno sobre otro.

En un primer momento, tenemos que saber identificar ante qué supuestos podemos encontrarnos y si en esos supuestos es viable o no el empleo de la mediación como mecanismo para solucionar esos posibles conflictos. Algunos de estos conflictos, respecto al caso que nos importa, pueden deberse a:

- Conflictos ocasionados por negligencia o mala praxis sanitaria en lo que se refiere a la violación del deber de información, o en su caso de su ejercicio deficiente.
- Conflictos entre posibles implicados, como puede ser el paciente y/o los familiares del mismo con los profesionales sanitarios, por toma de decisiones en donde existen controversias a veces surgidas en una motivación de creencias religiosas, por un estilo de vida diferente o por un pluralismo cultural que hacen que las decisiones se consideren buenas o malas subjetivamente marcado por la creencia propia.
- Conflictos entre el propio paciente y su familia, especialmente en el caso de menores o en situación de dependencia, respecto a la toma de decisiones sanitarias que afectan a la vida y salud del paciente.

En este tipo de conflictos, la mediación se presenta como un método informal, estructurado y autocompositivo resolver el conflicto, alejándose así de los procedimientos judiciales -solución tradicional para resolver conflictos-. Esta mediación constaría de las partes implicadas y de una tercera persona imparcial, que se dedicase a facilitar la conversación y a unificar los distintos puntos de vistas de los implicados para llegar a las soluciones viables que agraden a todos los implicados, para ello, se seguirían pautas de cooperación y no la clásica de estructura de obtener una solución que perjudique a una parte sobre otra. Sin embargo, llegados a este punto, habría que plantearse si una situación tan delicada como es el ámbito sanitario en donde se encuentra implicado un menor de

⁶⁶ BUSH, R.A.B., FOLGER, J.P., *La promesa de mediación: Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de otros*, Granica, Buenos Aires, 1996.

⁶⁷ LUQUIN BERGARECHE, R., "El derecho de autonomía del paciente menor: virtualidad de la mediación en conflictos", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, p. 229-339.

edad, es idónea para aplicar la mediación, puesto que es de sobra conocido que no en todas las situaciones de conflicto se recomienda la realización de la mediación como solución al conflicto, normalmente por situaciones de vulnerabilidad de una de las partes, como puede ser el caso, al haber un menor implicado.

Si atendemos al artículo 9 LOPJM, “derecho a ser oído y escuchado”, nos permite que en el diálogo a la hora de adoptar una decisión sobre las distintas posturas, el menor pueda intervenir, puesto que tiene derecho a ser oído y escuchado en cualquier procedimiento, incluso en los de mediación -en el que nos encontraríamos ahora-, sin ser discriminado por su edad, por su discapacidad o por cualquier otra circunstancia, siempre que, este procedimiento tome una decisión que afecte a su esfera personal, -como es el ámbito sanitario-, y su opinión deberá ser tenida en cuenta en relación a su edad y su madurez.

La mediación en un conflicto se podrá realizar cuando los derechos afectados sean de naturaleza disponible, y cuando no haya una gran diferencia del poder que ostentan las partes, es decir, que no pueda dificultarse una igualdad entre los implicados, por ejemplo, por la situación de vulnerabilidad mencionada; por ello, en el marco sanitario los conflictos no podrán solucionarse mediante la mediación si estamos ante normas de *ius cogens*, hecho que ocurriría de igual modo en cualquier otro ámbito, puesto que si hay conflictos de intereses y son aplicables normas de *ius cogens*, no cabe la mediación.

Los conflictos surgidos de las relaciones sanitarias pueden contener un componente emocional, los cuales son óptimos para resolverlos a través de la mediación. Estos conflictos sanitarios normalmente se producen en el ejercicio del derecho de autonomía del paciente, derivado de su propia facultad de autodeterminación, en situaciones en donde el paciente es un menor, normalmente inferior a dieciséis años, quien tiene un grado suficiente de madurez intelectual, volitiva y emocional suficiente para ser capaz de decidir y adoptar decisiones que afecten a su salud, y, en contra posición, puede encontrarse el criterio médico del facultativo, o la opinión de sus propios progenitores/tutores cuando el menor es mayor de dieciséis años pero la situación conlleva un grave riesgo para su salud y, una vez ha sido oído, los progenitores/tutores quieren adoptar una decisión contraria a la que éste quiere tomar.

En este tipo de conflictos sanitarios, entran en juego elementos que hacen que la posible mediación sea particular y no la tradicional -entendiendo la mediación tradicional como una solución aceptada por dos o más partes que tenían opiniones opuestas, y quienes

han llegado a un acuerdo de manera unitaria, colaborando y gestionando intereses, expectativas, necesidades, así como emociones subyacentes en el conflicto-. Algunos de estos elementos que otorgan particularidad son los derechos en conflicto, al tener que hacer una ponderación entre el derecho a la autonomía y a la autodeterminación, y los bienes jurídicos correspondientes como son la salud, la integridad física, el propio derecho a la vida; sin obviar el elemento emocional presente en cualquier conflicto.

Intentando eludir la judicialización del conflicto, se debe intentar aplicar esta mediación transformativa al consentimiento informado otorgado por un paciente menor de edad -ya sea mayor de dieciséis años o menor de esta edad pero considerado maduro por el facultativo para decidir por sí mismo-, o en su caso, el consentimiento informado otorgado por representación del paciente menor por parte de sus progenitores/tutores en los casos ya analizados y establecidos tanto en el desarrollo del presente trabajo así como en la ley. Habría que, teniendo en cuenta los distintos factores de multiculturalidad, así como de planteamientos éticos, religiosos o las propias emociones, habría que acudir al procedimiento de mediación cuando fuese posible para mantener las relaciones familiares, así como para evitar la responsabilidad a veces perjudicial que recae sobre el facultativo que debe valorar el nivel de madurez del menor. Con la aplicación de esta alternativa de resolución de conflictos como es la mediación, los aspectos íntimos en estrecha relación con lo que constituye la esfera personal del paciente, se preservará en la intimidad de las partes, evitando así la publicidad propia del procedimiento judicial.

Como síntesis de lo mencionado, podemos señalar al igual que hace Luquin ⁶⁸que, siempre que sea posible, la mediación es una solución óptima para los conflictos que puedan surgir entorno a las relaciones en el ámbito sanitario, ya sea entre el paciente y su familia, así como entre éstos y los profesionales sanitarios respecto a la toma de decisiones a la hora de prestar el consentimiento informado; por ello, éste método autocompositivo, el cual es más eficiente y flexible que los tradicionales procedimientos judiciales, basado en la comunicación, la cooperación y la igualdad de partes, puede consensuar de algún modo las decisiones que haya que tomar respecto a la salud de un menor, así como al ejercicio del derecho subjetivo de autodeterminación de un paciente menor de edad siempre en pro del interés superior de éste así como del mayor beneficio para su vida y su salud.

⁶⁸ LUQUIN BERGARECHE, R., "El derecho...", op., cit.

7. Conclusiones.

1. El menor de edad tiene limitada la capacidad de ejercer libremente algunos derechos como consecuencia de una falta de madurez en su desarrollo. El menor adquiere dicha capacidad gradualmente, a medida que vaya creciendo y desarrollándose. Por ello, mientras no alcancen la mayoría de edad se encuentran bajo la patria potestad, protección parental en donde los padres velan por el adecuado ejercicio de los derechos del menor.

Un punto de inflexión de cuando el menor puede tener cierta capacidad para adoptar decisiones por sí mismo son los 14 o los 16 años. Respecto a estas edades surge la duda de si los menores de 16 o 14 años pueden consentir jurídicamente una actuación cuando está en juego su salud, su integridad física o mental, e incluso su vida. Por ello, ha habido diversas modificaciones legislativas que han ido intentando tener muy en cuenta el nivel de madurez del menor a la hora de configurar la capacidad que se le va a exigir para que pueda o no otorgar consentimiento médico por sí solo.

2. Para que una persona pueda consentir un tratamiento médico es necesario que se le administre una información que pueda entender, y que preste su consentimiento una vez conoce todas las opciones y el alcance de dicho tratamiento. El tema plantea dudas cuando se trata del consentimiento de un paciente menor de edad. Por ello, se modificó la Ley 41/2002 por la Ley 26/2015, y se estableció que los menores de 16 años o emancipados podrán consentir sus tratamientos médicos por presuponer que tienen un grado de entendimiento suficiente, salvo si se trata de una situación de grave riesgo para su salud, en cuyo caso manifestarán su opinión, pero decidirán sus representantes legales, que otorgarán el consentimiento por representación. Sin embargo, si el menor mayor de 16 años fuese considerado inmaduro por los facultativos -con la carga de la prueba que ello conlleva-, serán también sus representantes legales lo que presten el consentimiento. Si se aprecia que el menor no es capaz intelectual y emocionalmente de entender el alcance de la intervención, no podrá brindar el consentimiento por sí mismo, sino que se prestará por sus representantes legales, pero existe el deber de que el menor sea oído y su opinión tenida en cuenta si ha cumplido 12 años o tiene menos edad, pero se estima que cierto grado de madurez para comprender dicha información.

3. La reforma del art. 9 Ley 41/2002 llevada a cabo por la Ley 26/2015 ha provocado un interesante debate. Por un lado, hay quienes consideran una intromisión en el derecho de autodeterminación del menor mayor de 16 años maduro o emancipado privarle de la

posibilidad de decidir por sí mismo cuando la situación reviste gravedad o peligro. Puesto que se estaría limitando su derecho a la autonomía como paciente, aun cuando se le considera suficientemente maduro para emitir un consentimiento médico respecto a otro tipo de tratamientos que no implican grave riesgo para la salud. En este sentido, hay quienes se cuestionan que, si para considerar que un menor mayor de 16 años pueda otorgar el consentimiento por sí mismo, habría que basarse únicamente en el criterio biológico de la edad como presunción de madurez o si debe atenderse al criterio de la madurez.

Por otro lado, en cuanto a los menores de 16 años y a los menores no emancipados, existe la posibilidad de entender que un menor maduro pueda decidir y prestar el consentimiento por sí mismo si es maduro, sin base a un criterio biológico como es la edad, lo cual podría suponer un riesgo, dado que la madurez no es algo objetivo, sino que dependerá de la opinión que tenga cada facultativo. Por lo que debería establecer una edad mínima para que el menor pueda decidir, aunque se tenga en cuenta su opinión previamente. Nos parece adecuada la modificación introducida en el art. 9 Ley 41/2002 en 2015 en el sentido de combinar los criterios de la edad y de la madurez, al establecer que podrán consentir los menores de 16 años, pero siempre que sean maduros y no se trate de una intervención de grave riesgo.

4. En resumen, creemos que la actual regulación del art. 9 Ley 41/2002 es acertada, que se inspira en el principio de protección de los menores, quienes carecen de experiencias en la vida suficiente como para tomar decisiones trascendentales que pueden afectar gravemente a su salud y a su vida. Por ello, en algunos casos proteger el “interés del menor” es lo que justifica limitar su derecho de autodeterminación en el ámbito sanitario, especialmente cuando está en peligro su vida, aun cuando dicho menor sea mayor de 16 años y se considere maduro, o esté emancipado. Pues, al fin y al cabo, siguen siendo menores que no se han desarrollado plenamente a nivel biológico, intelectual o moral, puesto que por su corta edad no han tenido oportunidad de experimentar dicho desarrollo. Por ende, cuando haya situación de gravedad, considero que es viable requerir el consentimiento de sus progenitores, aunque se limite el derecho de autodeterminación del menor.

Abreviaturas empleadas.

Art.	Artículo
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
LO	Ley Orgánica
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

Bibliografía

ARBESÚ GONZÁLEZ, V., “El consentimiento del menor en medicina voluntaria. A propósito de la reforma operada por la Disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica”. *Derecho y salud*, vol. 26, 2015, p. 142-149.

BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”, *Derecho y Salud*, vol. 15, 2007, p. 9-26.

BURKE, T.M., ABROMOVITCH, R., ZLOTKIN, S., “Comprensión de los niños sobre los riesgos y beneficios asociados con la investigación”, *J. Med. Ética.*, N.º 31, 2005, p. 715-720.

CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, BOE, Madrid, 2018.

CALZADILLA MEDINA, M. A., “Lo que la patria potestad no ampara”, *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 74, 2017, p. 25-60.

DÁVILA MARCOS, F., “*El consentimiento médico informado del menor de edad*”, Trabajo de fin de Grado, Universidad de Salamanca, 2017.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., “El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil -Mercantil*, núm. 5/2011, 2011, p. 25-35.

GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva de los menores de edad y la validez de su consentimiento después de las últimas modificaciones legislativas”, *Derecho y Salud*, vol. 26, 2016, p. 9-38.

GONZÁLEZ LEON, C., “La protección de los datos de salud del menor de edad y el derecho de acceso a su historia clínica y electrónica”, *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, Comares, Granada, 2018, p. 51-85.

LOZANO ARJONA, M., “Novedades legislativas modificativas de la autonomía de la voluntad de los pacientes”. *Diario La Ley*, núm. 8637, 2015.

LUQUIN BERGARECHE, R., “El derecho de autonomía del paciente menor: virtualidad de la mediación en conflictos”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, p. 229-339.

OGANDO DÍAZ, B., GARCÍA PÉREZ, C., “Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro”. *Pediatría Integral*, vol. XI, 2007, pp. 877-883.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El consentimiento informado de la persona menor de edad a los tratamientos e intervenciones médicas”, *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 13, 2017, p. 30-44.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F.J.; GARCÍA CALVO, T.; PÉRES CÁRCELES, M. D.; OSUNA, E., “El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario”. *Derecho y salud*, vol. 26, 2016, p. 229-236

RUIZ JIMÉNEZ, J., “La situación del menor en el ámbito sanitario”, *Revista Pediatría Atención Primaria*, vol. 13 N.º 50., 2011.

BUSH, R.A.B., FOLGER, J.P., *La promesa de mediación: Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de otros*, Granica, Buenos Aires, 1996.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016, p. 29-79.

SANTOS MORÓN, M.J., “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S154/2002 de 18 de julio”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7, 2002.

SIMON LORDA, P., “El consentimiento: alianza y contrato, deliberación y decisión”, *Ética en cuidados paliativos*, Triascastela, Madrid, 2004, p. 79-108.

Legislación empleada

Constitución Española.

- BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

- BOE <<Gaceta de Madrid>> núm. 206, de 25 de julio de 1889.

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.

- BOE núm. 247, de 15 de noviembre de 2002.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

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

- BOE núm. 75, de 29 de julio de 2015.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

- BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

- BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982

Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

- BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2015.

Ley 5/2012, de 6 de junio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

- BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

- BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000.

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.

- BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2015

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

- BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

Ley 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

- BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

Decreto 49/2009, de 3 de marzo de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética, realizadas a menores en Andalucía.

- BOJA núm. 53, de 18 de marzo de 2009.

Circular de la Fiscalía General 1/2012 sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangres y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

- Circular 1/2012.

Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

- FIS-I-2006-00002

Acuerdo N.º 261 del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e igualdad, sobre el consentimiento informado, de 6 de noviembre de 1995.

- Acuerdo N.º 216, acta núm. 39.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000.

- DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

Convenio de 4 de abril de 1997 para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biotecnología y la medicina. Ratificado por España el 23 de julio de 1999. (Convenio de Oviedo)

- BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

- BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990

Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992.

- Resolución A 3-0172/1992 de 8 de julio.

Constitución de la Organización Mundial de la Salud, firmada en Nueva York el 22 de julio de 1946. Enmiendas a los artículos 24 y 25 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptadas en la XII Asamblea, en Ginebra, el 28 de mayo de 1959.

- BOE núm. 116, de 15 de mayo de 1973.

Observación General del Comité de los Derechos del Niño N.º 12, 2009. El derecho del niño a ser escuchado.

- Observación General N.º 12 (2009)

Jurisprudencia.

STS de 25 de abril de 1994. ROJ: 2851/1994.

STS de 11 de febrero de 1997. ROJ: 887/1997

STS de 27 de junio de 1997. ROJ: STS 4567/1997.

STS de 20 de octubre de 1997. ROJ: STS 5813/1997.

STS de 12 de enero de 2001. ROJ: SRS 74/2001.

STS de 21 de octubre de 2005. ROJ: 6400/2005.

STS de 10 de mayo de 2006. ROJ: STS 3027/2006.

STS de 23 de mayo de 2007. ROJ: STS 4302/2007.

STS de 6 de julio de 2007. ROJ: STS 4806/2007.

STS de 22 de noviembre de 2007. ROJ: STS 7790/2007.

STS de 4 de marzo de 2011. ROJ: STS 1804/2011.

STS 13 de mayo de 2011. ROJ: STS 2500/2011

STS de 9 de junio de 2015. ROJ: 336/2015.

STS de 5 de junio de 2019. ROJ: 1840/2019.

STS de 22 de octubre de 2019. ROJ: 3503/2019.

STS de 6 de febrero de 2020. ROJ: 378/2020.

STC 154/2002, de 18 de julio. BOE núm. 188, 07 de agosto de 2002.

STC 37/2011, de 28 de marzo. BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011.

SAP Alicante, de 23 de octubre de 2007. ROJ: SAP A 2218/2007.

SAP A Coruña de 23 de julio de 2009. ROJ: SAP C 2396/2009.