

EL CONSENTIMIENTO DEL MENOR EN MEDICINA VOLUNTARIA. A PROPÓSITO DE LA REFORMA OPERADA POR LA DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA DE LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA, SOBRE EL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, SOBRE AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y DERECHOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA

Vanesa Arbesú González

Abogada en Jacobo Vázquez Abogados

Doctora en Derecho

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Régimen jurídico de la prestación del consentimiento del menor en el ámbito de una actuación sanitaria. 3. Distinción de régimen jurídico en el ámbito de la medicina voluntaria. 4. Análisis de la reforma operada por la Ley 26/2015 sobre el artículo 9 de la Ley 41/2002. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

RESUMEN

La presente comunicación pretende un análisis del actual estado normativo en el que se encuentra la prestación del consentimiento del menor de edad, ante una actuación sanitaria de tipo voluntario. Con base al mismo, se efectúa una fundamentación crítica sobre la ausencia de una regulación específica ante dicho tipo de actuaciones médicas, la consiguiente necesidad, y la oportunidad perdida en este sentido, con la reforma operada por la Ley 26/2015, sobre el artículo 9 de la Ley 41/2002.

PALABRAS CLAVE

Consentimiento informado, menor, medicina voluntaria.

1. INTRODUCCIÓN

La evolución de los hábitos sociales en general, conlleva una evolución paralela del desarrollo del menor de edad, pudiendo citar como ejemplo más visual e inmediato el del uso de la tecnología móvil. Ello, como no puede ser de otro modo, obliga a un

constante debate jurídico sobre el estado legislativo en el que se encuentran los mecanismos para el ejercicio de los derechos reconocidos al menor, y si los mismos, responden y se adecuan a la realidad de tal avance sociológico. Así, por ejemplo, y respecto del ámbito de este estudio, mientras que el año 1988, el Profesor Llamas Pombo, únicamente distinguía entre el menor emancipado y el no emancipado, independientemente de la edad, con motivo del estudio de la autonomía del menor en el ámbito sanitario¹, en la actualidad, es abundante y necesaria la opinión de la doctrina jurídica sobre la dificultad que implica legislar respecto de una esfera que pertenece al foro más intrínseco de la personalidad, y más aún en un determinado margen de edad en el que las cifras no pueden suponer una limitación injustificada al ejercicio de un derecho personalísimo, cuya respuesta, a dicha limitación, quizás únicamente se encuentre en una ciencia distinta a la jurídica, como puede ser la medicina.

En esta línea, y al objeto de introducir el presente análisis, se debe partir del fundamento de la figura del denominado “menor maduro”, por corresponderse con aquel menor que más se ha identificado con el uso de la medicina voluntaria, es decir, aquella innecesaria terapéuticamente, y dentro de la que se puede englobar: la cirugía estética, la odontología estética, la oftalmología sustitutiva de lentes, la aplicación de técnicas de supresión de la capacidad reproductora, como la vasectomía y la ligadura de trompas, y de técnicas de reproducción humana asistida, o el sometimiento a ensayos clínicos sin carácter terapéutico.

Se ha denominado con el término de “menor maduro”, a aquel menor que tiene la misma capacidad que un mayor de edad para otorgar un consentimiento a una actuación sanitaria sobre su cuerpo. Lo que implica, en consecuencia, la misma capacidad para comprender una determinada información previa que le será suministrada por el médico, bajo los requisitos regulados en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica² (en adelante Ley 41/2002), y legislación autonómica, así como los establecidos por la doctrina jurisprudencial, en el supuesto de tratarse de una intervención médica de tipo voluntario.

Por lo tanto, de forma previa al análisis de la normativa que regula la prestación del consentimiento del menor a una intervención sanitaria, cabe efectuar un breve esbozo general del régimen jurídico que sirve de antesala a dicha normativa y de los principios que la inspiran. Así, la protección de la infancia, parte del reconocimiento pleno de derechos del menor de edad, y de su capacidad progresiva para ejercerlos. El CC, dispone en su artículo 154, que los hijos no emancipados bajo la potestad del padre y de la madre, y que tuvieren suficiente juicio, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten, y el artículo 162 del mismo texto, establece las siguientes excepciones a la representación legal de los hijos por sus padres: aquellos actos relativos a la personalidad, u otros que, de acuerdo con las leyes o las condiciones de madurez del menor, pueda realizar por sí mismo, y en segundo lugar, también se exceptúan aquellos actos respecto de los que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo, correspondiendo, en este último caso, el nombramiento de un defensor en juicio, que corresponderá al Ministerio Fiscal (art. 163 CC).

Consiguientemente, la minoría de edad, no supone, por sí misma, una falta de capacidad. En esta línea, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor³ (en adelante LOPJM), establece en su EM, que “*las rápidas transformaciones sociales y culturales que suceden en la actualidad nos conducen hacia el reconocimiento pleno de la titularidad del derecho en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos*”, a tenor lo cual, su artículo 2, vigente según redacción dada por el artículo 1.2 de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴ (en adelante LO 8/2015) dispone que “*las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva, y en todo caso, siempre en el interés superior del menor*”.

Sobre la determinación del interés superior del menor, gira, en consecuencia, la interpretación de la Ley en cada caso concreto. En esta línea, la LO 8/2015, establece los criterios generales que dan contenido a dicho interés superior del menor, cubriendo, de esta forma, un vacío jurídico anterior suplido en parte por la doctrina y la jurisprudencia. Mediante la modificación anteriormente apuntada sobre el artículo 2 de la LOPJM, se añade un segundo apartado, en

1 LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, pp. 173 y 174.

2 BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002

3 BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996

4 BOE núm. 75, de 29 de julio de 2015. Vigente desde el 12 de agosto de 2015.

el que se enumeran los siguientes criterios a tener en cuenta, a parte de los establecidos en las leyes específicas aplicables, que se resumen en:

- a) La protección del derecho a la vida, y necesidades básicas del menor.
- b) La consideración de su opinión y de su derecho a participar en su desarrollo y evolución, de acuerdo a su edad y madurez.
- c) El desarrollo del menor en un entorno familiar adecuado, y
- d) La preservación de la identidad, cultura, religión o identidad sexual, entre otras, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

La reforma, incluye un tercer apartado al artículo 2, que añade los siguientes elementos generales que ponderarán la aplicación de los anteriores criterios:

- a) La edad y madurez del menor.
- b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad según una serie de circunstancias relevantes, como por ejemplo la carencia de entorno familiar.
- c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- d) Estabilidad en las soluciones que se adopten para promover el desarrollo del menor.
- e) La preparación del tránsito a la edad adulta, y
- f) Cualquier otro elemento de ponderación que, en el caso concreto, sea considerado pertinente y respete el derecho del menor.

Las medidas que se adopten en virtud de estas disposiciones, deberán valorar los derechos fundamentales de otras personas que puedan verse afectadas, y deberá respetar las garantías del proceso.

Como se observa, y que resultará determinante al tiempo de analizar el régimen jurídico otorgado al consentimiento del menor ante una actuación sanitaria en medicina voluntaria, el derecho a la vida, y por tanto a su integridad física, constituye el primer criterio a tener en cuenta.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL MENOR EN EL ÁMBITO DE UNA ACTUACIÓN SANITARIA

La citada Ley 41/2002, regula en su artículo 9, los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación, en cuyos apartados 3.c y 4, que han sido redactados por la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵ (en adelante Ley 26/2015), se contiene el régimen aplicable a la prestación del consentimiento por representación del menor, entre otros supuestos: *“cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.”* Seguidamente, el apartado 4 del artículo 9, dice: *“Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”.*

De forma previa a abordar el análisis conjunto del precepto y del resto de su contenido, debe anotarse el cambio de régimen aplicable desde la reforma operada por la Ley 26/2015, dado que, la versión anterior, contemplaba la prestación del consentimiento por representación del menor de edad según los siguientes tramos de edad: a partir de los doce años cumplidos, se otorgará el consentimiento por representación tras haber escuchado la opinión del menor, a partir de los dieciséis años cumplidos, no cabe la prestación del consentimiento por representación, aunque en caso de actuación de grave riesgo, los padres serán informados y su opinión tenida en cuenta. Régimen aplicable en todo caso, siempre que el menor no se encuentre incapacitado, y sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. Tras la reforma, se suprime la posibilidad de que el menor con dieciséis años cumplidos preste por sí mismo el consentimiento a

⁵ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015. Vigente desde el 18 de agosto de 2015.

una actuación de grave riesgo aunque sus padres sean informados y su opinión sea tenida en cuenta. Es decir, actualmente, ante actuaciones de grave riesgo, a criterio del facultativo, los menores de dieciséis años no podrán otorgar el consentimiento por sí mismos, si bien, deberán ser oídos y su opinión será tenida en cuenta. Se limita, por lo tanto, la capacidad del menor en este ámbito.

El apartado 5, regula la prestación del consentimiento del menor o del incapaz, para determinadas actuaciones sanitarias de tipo voluntario, como la práctica de ensayos clínicos o la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, que se regirá por lo establecido sobre la mayoría de edad. En el supuesto de la interrupción voluntaria del embarazo, se precisa la manifestación de voluntad de la menor, así como el consentimiento expreso de sus representantes legales. Supuesto este último, redactado por el artículo 2 de la LO 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo⁶ (en adelante LO 11/2015). Adviértase, relegando un mayor análisis para el epígrafe posterior, que se incluyen en el mismo apartado, actuaciones sanitarias de tipo voluntario y de tipo necesario.

Se incluye un apartado 6, mediante la disposición final segunda de la Ley 26/2015, que nuevamente traslada las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales al vacío de la norma en la materia, pues se refuerza normativamente la prioridad del derecho a la vida y salud del paciente: *“En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquier de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación del cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”*.

⁶ BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2015. Vigente desde el 23 de septiembre de 2015.

En último lugar, se mantiene la misma redacción literal del anterior apartado 5 del artículo 9 de la Ley 41/2002, que pasa a ser el apartado 7, y que modula la prestación del consentimiento por representación en atención a las circunstancias, en proporción a las necesidades que haya que atender, el favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, debiendo participar este, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones.

3. DISTINCIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO EN EL ÁMBITO DE LA MEDICINA VOLUNTARIA

En el ámbito de la medicina voluntaria, precisamente por su carácter de innecesaria para la salud, la información previa que ha de ser proporcionada por el médico al cliente ha sido configurada por la Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en el sentido de que, además de la obligación de proporcionar la información prescrita en los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002⁷, se debe de proporcionar la información relativa a todos los riesgos que conozca la ciencia médica en ese momento, incluidos los riesgos extraordinarios, así como las posibilidades de que no se alcancen los resultados que se pretenden. Cabe señalar la STS, Sala 1ª, de 21 de octubre de 2005⁸, que expone este planteamiento con el siguiente tenor literal:

“El deber de información en la medicina satisfactiva –en el caso, cirugía estética–, en la perspectiva de la información dirigida a la obtención del consentimiento para la intervención (...), como información objetiva, veraz, completa y asequible, no sólo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidades del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica.

⁷ El artículo 10 de la Ley 41/2002, enumera la siguiente información:

- a) Las 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.
- d) Las contraindicaciones.

⁸ EDJ 2005/165831. Ponente: Corbal Fernández

Por lo tanto, debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible –no debe confundirse previsible con frecuente (STS 12 enero 2001)- no es la no obtención del resultado sino una complicación severa o agravación del estado estético como ocurre con el queloide. La información de riesgos preVISIBLES es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y solo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención”.

En consecuencia, el tratamiento jurídico que ha de dársele al ejercicio del derecho de autodeterminación del cliente menor de edad ante estos supuestos, adquiere perfiles propios, totalmente diferenciados respecto de la misma situación en la que se encuentra el menor en el ámbito de una actuación curativa. Pues en el primer caso, se pretende el sometimiento a una práctica que pone en peligro su vida y su salud sin que exista una necesidad curativa. Por el contrario, en el segundo supuesto, el menor –en referencia al menor maduro- ha de ser capaz de comprender y ponderar los beneficios y perjuicios de una actuación sanitaria para la mejora de su salud, que, según las circunstancias del caso concreto, puede implicar la asunción de una serie de riesgos graves frente a un porcentaje quizás no muy amplio de obtener un resultado satisfactorio para la mejora de su salud.

Precisamente, en Andalucía, fue aprobado el 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 Andalucía⁹. La finalidad de la norma, según su EM es “*velar porque la población menor de edad que se someta a una intervención de cirugía estética conozca efectivamente los riesgos que lleva la citada intervención (...) asegurando que disponen de suficiente madurez mental para su correcta valoración y garantizando que la información que reciben es completa, objetiva y adaptada a sus necesidades y desarrollo madurativo y que la relación entre el riesgo y el beneficio es razonable*”. Y de dicho texto, cabe destacar, la obligatoriedad de un examen psicológico previo que determine la madurez del menor que pretende someterse a una intervención quirúrgica estética, con la finalidad de ponderar la idoneidad del menor para dicha toma de decisión. Por otro lado, el Decreto amplía

la información previa que ha de otorgar el médico, respecto de aquella imperativa por la Ley 41/2002, y la Jurisprudencia, a los siguientes contenidos (art. 4.2. e y g):

“Los riesgos de la intervención de cirugía estética relacionados específicamente con sus circunstancias personales como sexo o edad. Específicamente, en el caso de personas menores de edad que ya hayan cumplido doce años, la persona facultativa deberá explicar a la persona menor de edad la posible incidencia de la intervención de cirugía estética en la etapa de crecimiento y desarrollo en que se encuentre.

La posibilidad de reintervenciones en el futuro, y su probabilidad de acuerdo con las características del paciente.”

Retomando el régimen jurídico aplicable a la prestación del consentimiento del menor a una actuación sanitaria, y lo analizado hasta el momento, se deduce que actualmente, un menor de edad puede someterse a una intervención quirúrgica voluntaria, siempre que sus representantes legales otorguen el consentimiento a la misma, y una vez oído el menor, teniendo en cuenta su opinión, por lo que se supone que dicho menor desea someterse a la intervención. En este punto, la opinión doctrinal sobre el establecimiento de un margen de edad para considerar una determinada madurez psicológica a los efectos que aquí se estudian, ha sido muy variada. Una parte de los autores jurídicos postulan una aplicación más flexible de la norma, en el sentido de analizar cada caso concreto independientemente del criterio cronológico, cuya aplicación automática puede dar lugar a situaciones injustas, en supuestos de menores con una madurez psicológica suficiente, y viceversa, debiendo tener muy en consideración la importancia de la decisión que se les consulta, pues debe recordarse que la decisión, es decir, el otorgamiento del consentimiento en referencia a actuaciones de grave riesgo, corresponderá en todo caso a los representantes legales del menor.

Estos planteamientos cambian cuando nos referimos a la medicina voluntaria, desde el punto de vista fundamentalmente, de la ausencia de presión que tiene el menor, al no estar su salud en peligro, en referencia a la situación señalada anteriormente, de tener que ponderar el sometimiento a una serie de riesgos por una necesidad terapéutica y con unos determinados porcentajes de éxito. De hecho, parte de la doctrina ha apuntado que las excepciones que

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

dispone la Ley 41/2002, a la prestación del consentimiento, regidas por lo dispuesto para la mayoría de edad, se deben, precisamente, por los graves riesgos que pueden conllevar en comparación con la ausencia de necesidad curativa. Excepciones que cabe trasladar al ámbito de la medicina voluntaria, aplicando de forma expresa el mismo criterio de prudencia que aconseja limitar la facultad de otorgar el consentimiento tras haber alcanzado la mayoría de edad, al considerar que este tipo de intervenciones exigen una madurez muy superior, debido a la voluntad propia de someterse a unos riesgos que afectan a la salud sobre un cuerpo sano. En este mismo sentido, se ha pronunciado la Profesora RUIZ JIMENEZ, para la cual, existe un cuarto supuesto que debería ser incluido en la Ley dentro de las excepciones citadas, y es el sometimiento a cualquier tipo de cirugía estética, salvo que vaya acompañada de otra dolencia, es decir, de una necesidad terapéutica¹⁰.

Al hilo de esta última idea, debe hacerse mención al concepto de *salud*, de la Organización Mundial de Salud, que la define como “*el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de dolencias y enfermedades*”. Es decir, una intervención quirúrgica estética puede resultar curativa (con lo que pasaríamos a hablar de cirugía plástica) si por ejemplo, se recomienda para mejorar una patología psiquiátrica o psicológica. Ante este supuesto, los condicionantes legales en torno a la información previa del médico corresponderán a los propios de una intervención médica necesaria, así como los planteamientos relativos a la prestación del consentimiento del menor en el sentido anteriormente expuesto.

Con la limitación a las normas que rigen la mayoría de edad para otorgar el consentimiento a una intervención de medicina voluntaria, se trataría, en definitiva, de aplicar uno de los criterios que definen el interés superior del menor que es la protección del derecho a la vida. Es decir, parafraseando a ROMEO CASABONA, y coincidiendo con su explicación: “*El pleno ejercicio de cualquier derecho fundamental ha de ser compatible con el mantenimiento del que es sustrato y condición imprescindible de todo ellos, es decir, la vida misma, respecto a la cual están facultados para intervenir los poderes públicos (art. 158.3 CC), si bien, una vez llegados a la mayoría*

de edad, el efecto tutelar del ordenamiento jurídico debe ceder a la plena autonomía del interesado, por lo que debe prevalecer, en su criterio, el interés por preservar la vida del menor para que pueda ejercer con plenitud todos los demás derechos cuando alcance la mayoría de edad.”¹¹

4. ANÁLISIS DE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 26/2015 SOBRE EL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 41/2002.

Con la reflexión anterior del Profesor ROMEO CASABONA, cabe comenzar una crítica a la reforma operada por la Ley 26/2015, sobre el artículo 9 de la Ley 41/2002, en el sentido de haber perdido la oportunidad de perfilar de una forma más exhaustiva el ejercicio del derecho de autodeterminación del menor en relación con las actuaciones médicas, entre aquellas que son de tipo curativo y las que son de tipo voluntario. Pues se trata de situaciones totalmente diversas, ante las que puede encontrarse un menor de edad, así como los derechos que, en su caso, pueden entrar en conflicto. De esta forma, cabe reiterar que, mientras que ante una intervención curativa, supongamos de grave riesgo, puede existir una confrontación del riesgo a la salud y a la vida, ante la elección de un determinado tratamiento, sin seguridad de alcanzar resultados que mejoren la salud, en el segundo caso esta posibilidad queda descartada totalmente. Por lo tanto, el reducido margen de elección que existe en el primero de los casos, debe conllevar un tratamiento jurídico distinto sobre el derecho de autodeterminación del menor, y las limitaciones al ejercicio de dicho derecho por sí mismo, más aún, cuando nos encontramos ante un *menor maduro*, con la capacidad, científicamente demostrada, mediante un análisis psicológico, por ejemplo, de adoptar una decisión en conciencia con la realidad que está viviendo. En esta línea, opina GALÁN CORTÉS, que la madurez del menor ha de valorarse al margen de la edad¹². Efectivamente, nos encontraríamos ante situaciones muy injustas, si concediésemos la facultad de decidir a un menor de dieciocho años recién cumplidos, y se la denegásemos a un menor con diecisiete años, cuando quizás tenga una madurez similar o incluso superior para tomar una decisión meditada

11 ROMEO CASABONA, C.M., “*¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (la negativa de los padres por motivos religiosos a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)*”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1998, p. 327.

12 GALÁN CORTES, J.C., *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Granada, 2001, p. 82.

10 RUIZ JIMENEZ, J., “*La capacidad del menor en el ámbito sanitario*”, en LASARTE ALVAREZ, C. (Pres.), POU DE LA FLOR, M.F., LEONSEGUI GUILLOT, R.A., y YÁÑEZ VIVERO, F. (Coord.), *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, 2009, p. 86.

conforme a su propia libertad. No obstante, es evidente que la casuística puede ser muy amplia.

Como argumenta acertadamente a nuestro juicio, BENAC URROZ: *“No parece que sea posible, ni seguramente resultara deseable, que el ordenamiento jurídico positivo dé respuesta a cuestiones que tan íntima conexión guardan con el centro u origen de la personalidad humana; se hace preciso buscar la ayuda de otras ciencias o disciplinas como la ética, la medicina o la deontología para encontrar la solución. Pero en todo caso, debe tenerse presente el principio general que plantea por las diferentes normas internacionales y de derecho interno que se ocupan de esta cuestión, cual es el de la supremacía del interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, y que las limitaciones a su capacidad de obrar se interpreten de forma restrictiva.”*¹³.

5. CONCLUSIONES

- Los debates jurídicos en torno al régimen que ha de otorgársele a la prestación del consentimiento del menor de edad a una actuación sanitaria, tratan de dilucidar cuál, de entre los derechos fundamentales que tiene el menor, ha de prevalecer ante la colisión entre los mismos. El derecho a la vida y a la integridad física, frente al derecho a la libertad religiosa y libre desarrollo de la personalidad, fundamentalmente.

- Cuando hablamos de un menor de edad sin capacidad para comprender su situación médica, ante la que ha de adoptarse una decisión, el papel de los padres o del representante legal, desplaza la anterior problemática, siempre y cuando, la decisión que se adopte salvaguarde el interés del menor con carácter prioritario a cualquier otro interés que pueda concurrir, como por ejemplo, el derecho a la vida del menor, frente al derecho de los padres de educarle conforme a sus creencias.

- Sin embargo, cuando el menor de edad, por su madurez, tiene capacidad para comprender su situación sanitaria, y adoptar una decisión sobre las alternativas existentes para su curación o mejora, en

iguales condiciones que un mayor de edad, parte de la doctrina, se ha manifestado contraria a una aplicación estricta del criterio numérico que implique una limitación al ejercicio del derecho de autodeterminación sobre su propio cuerpo, más aún, teniendo presentes los principios inspiradores de la normativa de protección del menor, respecto al reconocimiento de una progresiva capacidad para ejercer sus derechos, así como el criterio de interpretación de cualquier norma que limite dicha capacidad. Así pues, este planteamiento obliga a acudir, en primer lugar, a un examen psicológico que demuestre la madurez del menor, y en este caso, si la propuesta terapéutica es de grave riesgo, el consentimiento del menor deberán prestarlo sus padres o representante legal, siendo la opinión del mismo tenida en cuenta. En caso de discrepancias entre los padres y el menor, la decisión se traslada al juez, siendo los intereses del menor defendidos por el Ministerio Fiscal.

- En la anterior tesitura, la protección del derecho a la vida del menor, se superpone a la de cualquier otro derecho, dado que el anterior implica el sustrato para el ejercicio del resto de derechos en la forma en que el menor considere oportuna cuando alcance la mayoría de edad. No obstante, la amplia casuística demuestra y lo seguirá haciendo, que esta regla, casi matemática, no resulta tan fácil de aplicar en determinados supuestos, por ejemplo, como decíamos, ante situaciones graves, en las que las terapias propuestas no garanticen la supervivencia, y puedan implicar perjuicios añadidos.

- Esta amplia casuística se demuestra por ejemplo, en el extremo contrario, es decir, cuando el menor desea someterse a una intervención que pone en peligro su vida, sin una necesidad terapéutica, lo que denominamos medicina voluntaria. Según los parámetros legales anteriormente comentados, si los padres del menor no otorgan el consentimiento, a pesar del deseo del menor, supongamos maduro, y teniendo presente su interés primordial de proteger su derecho a la vida, la práctica de la intervención sería denegada. Pero aquí cabe cuestionarse, si la decisión de los padres del menor, que no proteja este derecho prioritario puede ser ponderada con carácter negativo. Es decir, si los padres otorgan su consentimiento a la intervención a la que desea someterse el menor, y teniendo presente que nos encontramos en el ámbito de la sanidad privada, por ejemplo, un centro de cirugía estética, se estará poniendo en peligro claramente el interés prioritario del menor sobre otros intereses, sin que pueda arbitrarse un mecanismo para la protección del mismo, como por ejemplo, trasladar la

¹³ BECNAC URROZ, M., *“La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado”*, en LIZARRAGA BONELLI, E. y GONZÁLEZ SALINAS, P. (Coord.), *Autonomía del paciente, información e historia clínica: (estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Madrid, 2004, p. 99.

decisión al juez, pues la Ley no ha delimitado a la mayoría de edad, como lo ha hecho con otras cuestiones, la prestación del consentimiento del menor ante intervenciones graves de tipo voluntario.

- Conclusión que quizás signifique nuevas interpretaciones por parte de los Tribunales de Justicia, ante el vacío legal que ha dejado la reciente reforma operada por la Ley 26/2015.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BENAC URROZ, M., “*La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado*”, en LIZARRAGA BONELLI, E. y GONZÁLEZ SALINAS, P. (Coord.), *Autonomía del paciente, información e historia clínica: (estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Madrid, 2004.
- GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Granada, 2001.
- LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988.
- ROMEO CASABONA, C.M., “*¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (la negativa de los padres por motivos religiosos a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)*”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1998.
- RUIZ JIMENEZ, J., “*La capacidad del menor en el ámbito sanitario*”, en LASARTE ALVAREZ, C. (Pres.), POUS DE LA FLOR, M.F., LEONSEGUI GUILLOT, R.A., y YAÑEZ VIVERO, F (Coord.), *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, 2009.