

Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad en el marco de las decisiones sanitarias

Legal framework for the autonomy of minors in the framework of health decisions

María JORQUI AZOFRA*

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo estudiar el alcance de la autonomía decisoria de los menores de edad en el ámbito sanitario. Para ello, se abordará el alcance de las facultades de éstos, que serán distintas según se trate de menores maduros o no, y el papel que pueda corresponder a los representantes legales cuando de lo que se trata, en este contexto, es del ejercicio de los derechos de la personalidad. Se propondrán las coordenadas básicas desde las que afrontar uno de los principales desafíos que se plantean en esta materia: cómo promover la autonomía personal de los menores de edad en el marco de la toma de decisiones sanitarias, sin descuidar su condición diferenciadora (minoría) y su posible situación de vulnerabilidad, desde la perspectiva de la protección de su interés superior.

PALABRAS CLAVE: menores de edad; madurez; autonomía personal; derechos de la personalidad; representantes legales; deberes de cuidado y asistencia; interés superior.

* Profesora de Derecho Civil de la Universidad Pública de Navarra (UPNA). Contacto: <maria.jorqui@unavarra.es>. Fecha de recepción: 25/06/2018. Fecha de aprobación: 22/09/2018.

ABSTRACT: This paper's object is the analysis of the minor's autonomy to decide within the health field. To this end, the scope of the faculties of minors, which will be different depending on whether they are mature or not, and the role that may correspond to legal representatives will be addressed. All this having in mind that, in this context, the exercise of rights relating to the personality is involved. One of the main challenges that arise in this area deals with the question of how to promote the personal autonomy of the minors in the framework of health decision-making, without neglecting their differentiating condition (minority) and their possible situation of vulnerability from the perspective of protecting their best interests. The basic coordinates to deal with this challenge will be proposed.

KEYWORDS: Minors; Maturity; Personal autonomy; Rights relating to the personality; Legal representatives; Duties of care and assistance; The best interests of the child.

I. INTRODUCCIÓN

La relación clínica ha dejado atrás aquel modelo paternalista, predominante a lo largo de la historia, en el que el profesional asistencial decidía por y sobre el paciente, pero sin tomar en consideración su parecer. En general, dicho modelo suponía una restricción de la libertad de decisión y acción de éste, ignorando su voluntad, con el fin de evitarle un daño o proporcionarle un bien¹. En este tradicional esquema vertical y asimétrico, el profesional asistencial, dados sus conocimientos y experiencia, venía a desempeñar el papel de “tutor” o “padre” que determinaba qué convenía al enfermo “desvalido” o a su “hijo-paciente”. Se consideraba que éste, igual que un niño menor de edad, era incapaz de distinguir lo beneficioso de lo perjudicial para él². Por ello, el profesional asistencial es quien decidía en su beneficio,

¹ En la tradicional medicina paternalista, el médico solía decidir, aislada y unilateralmente, la actitud terapéutica adecuada para el paciente (“todo para el paciente, pero sin el paciente”). Como expresa J. Katz: “Desde siempre, los médicos han sostenido que los pacientes sólo necesitan una custodia atenta. Los médicos sintieron que para cumplir con esta meta debían atender las necesidades físicas y emocionales de sus pacientes y encargarse de ellas conforme a su propia autoridad, sin consultarles sobre las decisiones que fuera necesario tomar”. KATZ, J. *El médico y paciente: su mundo silencioso*, trad. por Agustín Bárcena, México, FCE, 1989, p. 36.

² En dicha relación vertical y asimétrica “(...) el médico ordena como un padre benévolo y el paciente se deja llevar hacia el bien (que él no ha elegido) como un niño sumiso”: LÁZARO, J. y GRACIA, D. “La relación médico-enfermo a través de la historia”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 29, supl. 3, 2006, pp. 7-17; p. 15. Desde los tiempos de Hipócrates, al enfermo se le ha considerado y tratado como un ser débil, tanto desde el punto de vista físico como moral. La enfermedad le pone en una situación de sufrimiento e invalidez, de dependencia y, en definitiva, de infantilización. LAÍN ENTRALGO, P. “Qué es ser un buen enfermo”, en *Ciencia, técnica y medicina*, Madrid, Alianza, 1986, pp. 248-264. En este sentido, se le pide que confíe ciegamente en el médico, para quien el “buen enfermo” es aquel que se muestra sumiso y obedece, sin preguntar, sus órdenes. “Y así como el niño confía en que su padre elegirá siempre lo mejor para él, el enfermo ha de confiar en su médico, que con su sabiduría, rectitud moral y benevolencia elegirá siempre el mejor tratamiento posible”:

procurando evitarle un daño o con el propósito de lograr su bienestar. El paciente se ve así obligado a comportarse de manera pasiva, aguardando el juicio de aquel acerca de la decisión y acción a llevar a cabo³.

En el último tercio del siglo XX, la relación clínica se transforma en un modelo donde ya no cabe que sujeto distinto al propio paciente, naturalmente capaz de atender a sus propias necesidades personales, decida por él lo que más le conviene para colmar éstas. De receptor pasivo de las decisiones que el médico tomaba en su nombre y por su bien, pasa a transformarse en un agente con derechos y capacidad de decidir autónomamente sobre las alternativas terapéuticas que se le ofrecen. Una vez que sale de la tutela paterna del profesional asistencial, el paciente reivindica su consideración como agente moral autónomo, capaz de decidir libremente sobre su propio bien en relación con su vida y salud. La aplicación del principio de autonomía en el ámbito sanitario se halla encauzada a romper con la verticalidad paternalista de la relación clínica. Lo que resulta acorde con una sociedad secularizada en la que la autoridad moral no ha de derivarse sino de la propia persona capaz de tomar las decisiones definitivas de su propio proyecto vital⁴.

LÁZARO, J. y GRACIA, D. “La nueva relación clínica”, Presentación de la obra LAÍN ENTRALGO, P., *El médico y el enfermo*, Madrid, Triacastela, 2003, p. 11. A la pregunta que, en cierta ocasión, J. Katz hizo a sus estudiantes de medicina acerca de qué clase de personas eran los pacientes, muchos respondieron: “los pacientes son como niños que hay que tomar de la mano y guiar para que acepten las decisiones que a nuestro juicio les convengan más”, *Ibidem*, 1989, p. 209.

³ El modelo de confianza abrazado por médicos y pacientes que prevaleció en la primera etapa de la interacción padre-hijo, significó una sumisión sin preguntas, confianza unilateral y silencio. Véase KATZ, J. *El médico y...*, *op. cit.*, 1989, pp. 208-209. Véase también SEOANE, J.A. “La relación clínica en el siglo XXI: Cuestiones médicas, éticas y jurídicas”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 16, núm. 1, 2008, pp. 1-28.

⁴ El paciente pasa de súbdito pasivo del médico a sujeto activo protagonista de su propia vida, colocándose ambos en una posición de simetría moral. “Si antes regía en exclusiva el código ético que el médico aplicaba para actuar en beneficio del enfermo, ahora rige el sistema de valores que el paciente ha asumido para orientar su existencia”. Como exponen J. LÁZARO y D. GRACIA, la decisión final resulta de un proceso (...) en el que convergen y se ajustan la información técnica que el médico proporciona con los deseos y valores per-

Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad...

María JORQUI AZOFRA

En la actualidad, el proceso de información y consentimiento está diseñado para que, en virtud de los atributos propios que han de caracterizar la relación clínica actual, (autonomía, interdependencia, confianza, carácter comunicativo, deliberativo, narrativo y prudencial), pueda propiciarse la toma de decisiones autónomas del paciente sobre su vida y salud⁵. Si éste es adulto, se presume por mandato legal que posee la capacidad necesaria para decidir autónomamente. Pero, si es menor de edad entran en consideración diversos factores, de cuyo estudio nos ocuparemos en este trabajo. Pues, el objetivo fundamental del mismo es abordar el alcance de la autonomía del paciente menor de edad en el ámbito sanitario. Para ello, revisaremos, en primer lugar, algunas cuestiones básicas sobre el fundamento constitucional y la normativa reguladora de la autonomía del paciente en nuestro ordenamiento jurídico. Veremos, en este sentido, que uno de los elementos esenciales que exige la ley para ejercer la autonomía decisoria en este ámbito es la capacidad. Atendiendo a este requisito son varios los escenarios que se presentan. Entre éstos, destacaremos aquel que se refiere a la toma de decisiones por parte del menor de edad. Escenario donde se desarrollará una situación distinta, según el protagonista sea un menor maduro o no. Estudiaremos, por ello, el alcance de las facultades

sonales del paciente (dentro del marco formado por las terceras partes)". (...) El procedimiento concreto en que se ha plasmado el cambio (de la relación clínica) es lo que se denomina «el consentimiento informado», *Ibidem*, pp. 15 y 16. También P. Simón afirma que el consentimiento informado no es sino un modelo de relación clínica fruto del resultado de la introducción de la idea de autonomía moral de las personas en el modelo clásico de relación médico-paciente basado hasta entonces, exclusivamente, en la idea de beneficencia paternalista. SIMÓN, P. "Diez mitos en torno al consentimiento informado", *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 29, supl. 3, 2006, pp. 29-40.

⁵ Véase, más ampliamente, SEOANE, J.A. "La relación clínica...", *op. cit.*, 2008, pp. 1-28. Así, tal y como expresan J. LÁZARO y D. GRACIA, el médico y el enfermo dialogan, cada día, condicionados por los múltiples factores que intervienen en la relación clínica "(el nivel cultural, la actitud y el carácter del enfermo; la personalidad más rígida o más dialogante del médico; la intervención cada vez mayor de otros profesionales sanitarios; las condiciones impuestas por las "terceras partes": familia, juez, administración, compañías de seguros; la disponibilidad de recursos y de tiempo...)": *Ibidem*, 2006, pp. 15 y 16.

de los menores y el papel que pueda corresponder a los representantes legales cuando de lo que se trata es del ejercicio de los derechos de la personalidad. Terminaremos con una síntesis de las coordenadas básicas desde las que abordar el principal desafío que se plantea en esta materia: cómo promover la autonomía personal de los menores de edad en el marco de las decisiones sanitarias, sin descuidar su condición diferenciadora (minoría) y, en su caso, vulnerabilidad, desde la perspectiva de su interés superior.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD EN EL MARCO DE LAS DECISIONES SANITARIAS

A) BREVES APUNTES ACERCA DEL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y REGULACIÓN LEGAL DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE

La libertad de elección del paciente, –o su capacidad para deliberar y decidir el curso de acción que, entre varias opciones, más se ajusta a los valores que orientan su vida–, tiene lugar en un proceso comunicativo entre él y los profesionales sanitarios. Cuando el paciente es capaz de tomar decisiones, la forma de dar expresión a su propia voluntad, sobre la base de la información adecuada recibida, se manifiesta a través del consentimiento informado.

Nuestra Constitución española (en adelante, CE) no contiene un derecho a la autonomía. Tampoco incluye referencias al consentimiento informado, pero sí alude a él la jurisprudencia constitucional vinculándolo o considerándolo incluido en el contenido esencial del derecho fundamental a la integridad física y moral, el cual se halla amparado en el artículo 15 CE⁶. Como garantía de la efectividad de este

⁶ La STC núm. 37/2011, de 28 de marzo (RTC/2011/37), establece que dicho derecho del art. 15 CE protege “la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular” (FJ. 3). También la doctrina se pronuncia en este sentido, véase, por ejemplo, ARRUEGO RODRÍGUEZ, G. “El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español”, *InDret*, 2/2009, p. 11. Como señala este autor,

Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad...

María JORQUI AZOFRA

derecho en el ámbito médico, cualquier actuación que afecte a la integridad personal ha de encontrarse consentida por el sujeto titular del derecho o debe hallarse constitucionalmente justificada⁷. Así, el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que pueden afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas⁸.

“(…), en el ámbito médico asistencial el derecho fundamental a la integridad física y moral constituye el principal anclaje iusfundamental del principio de autonomía del paciente y, consiguientemente, de la exigencia de su previo consentimiento informado a toda intervención en el ámbito de su salud”;

CHUECA RODRÍGUEZ, R. “Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia”, *Derecho y Salud*, vol. 16, p. 7.

⁷ Según expresa el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, este derecho fundamental conlleva, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida. Por ello, dicho derecho resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad (a no ser que ello tenga justificación legal). (FJ. 3). En cuanto a este último inciso, hay que precisar que, como cualquier otro derecho fundamental, el derecho a aceptar o rechazar una intervención médica puede ceder ante la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos (por ejemplo, cuando exista un riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias o cuando existe un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización).

⁸ Según establece la mencionada STC núm. 37/2011, de 28 de marzo (RTC/2011/37), “Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: La de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo” (FJ. 5). Puede observarse, asimismo, que el consentimiento libre e informado está íntimamente vinculado con la dignidad y libertad personal. Así, entre los derechos y libertades que desarrollan la autonomía del paciente para adoptar y realizar decisiones que afectan a la propia vida y salud, se hallan, por ejemplo: la libertad ideológica (art. 16 CE), la libertad física (art. 17) y la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

Con apoyo en el artículo 10.2 CE, el Tribunal Constitucional fortalece su argumentación remitiéndose a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 3.2.a)⁹, al Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, (en adelante, CDHB)¹⁰ y a la interpretación del Convenio europeo de Derechos Humanos por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ha ocupado de este asunto en relación con la noción de vida privada (art. 8.1)¹¹.

La consolidación de la autonomía del paciente en España tiene lugar a raíz del CDHB. Su desarrollo legislativo más importante es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LBAP). En esta Ley se regula el derecho a la información clínica o sanitaria (arts. 2, 3, 4, 5, 6, 10, 12 y 13); el derecho al consentimiento informado (arts. 2, 3 y 8 ss.);

⁹ El consentimiento informado sí que aparece expresamente citado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, cuyo art. 3 reconoce el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica, obligando a respetar, en el marco de la medicina y la biología «el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la Ley» [apartado 2. a)].

¹⁰ Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina Convenio, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España por Instrumento de 23 de julio de 1999 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999) (RCL 1999, 2638, 2822), con entrada en vigor en nuestro país el 1 de enero de 2000. Se refiere en su Capítulo II al «Consentimiento», estableciendo en el art. 5 la regla general, según la cual, sólo podrá realizarse una intervención en el ámbito de la sanidad “después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento”, a cuyo efecto, “deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias”.

¹¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que realizar un tratamiento médico sin la aprobación del paciente adulto y sano mentalmente, supone un ataque a la integridad física del interesado que se enmarca en los derechos protegidos por el art. 8.1 del Convenio europeo de Derechos Humanos. Véase la STC núm. 37/2011, de 28 de marzo, en cuyo fundamento jurídico 4º se hace mención más amplia de estos elementos hermenéuticos.

el derecho a renunciar o rechazar tratamientos (art. 2.4); los límites del consentimiento y consentimiento por representación (art. 9); así como la proyección de la libertad de elección del paciente *ad futurum*, mediante las instrucciones previas (art. 11).

En la LBAP, el paciente es protagonista activo de la relación clínica y el consentimiento informado se erige en el principal criterio legitimador de la actividad médica. En este sentido, además de constituir un derecho del paciente, éste es un elemento de la *lex artis* y una garantía de la buena práctica profesional¹². Pues, hay que recordar que la *lex artis* ya no sólo se define desde criterios médicos o técnicos, sino que exige además tomar en consideración las obligaciones de información, documentación y respeto a las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente¹³.

¹² Véase, por ejemplo, la STS de 12 de abril de 2016 (RJ 2016/1334) donde se afirma que: “el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial”. Véase, en este sentido, SSTS de 18 de junio (RJ 2008/4256); de 21 de diciembre (RJ 2005/10149); de 29 de mayo (RJ 2003/3917). Véase también, entre otras, las SSTS de 6 de julio (RJ 2007/3658); de 18 de junio (2008/4256) y de 13 de mayo (RJ 2011/3279), donde se establece que 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.

¹³ Tal y como señala uno de los principios básicos de la LBAP: “Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente” (art. 2.6). La *lex artis* puede definirse como el conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los pacientes en el momento presente. Actualmente, al existir diferentes técnicas válidas y conformes a la *lex artis*, viene aceptándose la instauración de unos “protocolos de actuación” en los que se contienen unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico que permiten determinar la correcta o incorrecta actuación médica y facilitan la concreción de la *lex artis* de cada caso, o la *lex artis ad hoc*. Expresión esta última que ha sido definida por la jurisprudencia como criterio valorativo de corrección del acto médico teniendo en cuenta las características del autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital. SSTS de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991/2209); 7 de febrero de 1990 (RJ 1990/668). En este sentido, como criterio valorativo para calibrar

De este modo, el cumplimiento de la normativa reguladora de la autonomía del paciente refleja una doble garantía para el paciente y los profesionales sanitarios. Ya que, por un lado, permite hacer efectivo, entre otros, el derecho fundamental a la integridad física del paciente respecto de las actuaciones médicas que se le efectúen. Por otro, ofrece a dichos profesionales la garantía de que sus actuaciones se desarrollarán dentro de los límites que impone la protección de aquel derecho –fundamento del consentimiento informado–. Así, dicha normativa no se limita sólo a imponer a éstos un conjunto de deberes, sino que también les proporciona una garantía de corrección de su propia actuación profesional.

De la definición de consentimiento informado dada por la LBAP se derivan los elementos esenciales del mismo. Según lo dispuesto en el artículo 3, éste consiste en: “*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*”. Así, es preciso que el paciente cuente con la *capacidad* para consentir; esto es, con la capacidad natural de entender y querer, –con las facultades cognitivas y volitivas que le permitan identificar y apreciar el alcance, riesgos y consecuencias de la intervención–, para decidir conforme a sus valores y proyecto vital¹⁴. Asimismo, ha de recibir la *información* adecuada, correspondiendo garantizarla al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto¹⁵. Y, también, la *adopción*

la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, no sólo comporta el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias. SSTs de 18 de diciembre (RJ 2006/9172); de 23 de mayo (RJ 2006/3535).

¹⁴ Es preciso que el paciente sea “capaz de tomar decisiones” y, también, que su “estado físico o psíquico le permita hacerse cargo de su situación” (art. 9.3 LBAP).

¹⁵ El art. 3 LBAP, define la información clínica como: “todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cui-

Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad...

Maria JORQUI AZOFRA

de la decisión y *manifestación* del consentimiento ha de ser libre y voluntaria. Pues, no será válido el consentimiento si existe un vicio de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo).

Por tanto, entre los requisitos esenciales para que la facultad de consentir pueda ejercerse con plena libertad por un paciente naturalmente capaz de autogobernar su esfera personal, se halla la necesidad de que éste cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas. Pues, sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De este modo, el consentimiento y la información, si bien constituyen dos derechos independientes, se manifiestan como dos derechos estrechamente vinculados¹⁶. Pues, la limitación o privación de información no justificada equivale a la limitación o ausencia del propio derecho a decidir y consentir, en su caso, la actuación médi-

darla, mejorarla o recuperarla”. El art. 4.1 LBAP consagra el derecho que tiene el paciente a conocer toda la información disponible sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud. En cuanto al deber de informar, el art. 4.3 LBAP establece que: “El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”. El médico responsable es: “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” (art. 3 LBAP).

¹⁶ Es preciso distinguir el derecho a ser informado del derecho a ser consultado (a elegir entre varias opciones o la necesidad de autorizar o no un tratamiento). Aunque ambos derechos son independientes, se hallan, como hemos señalado, íntimamente relacionados. Pues el consentimiento, en cuanto “informado”, parte de la base de que el paciente sabe lo necesario para tomar una decisión con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) (arts. 2.2 y 2.3 LBAP).

ca¹⁷, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación¹⁸.

En definitiva, cada intervención médica debe estar autorizada por el previo consentimiento del paciente que, a su vez, se ha de encontrar precedido de la correspondiente información sobre el procedimiento a aplicar¹⁹. Como regla general, dicha información se ha de proporcionar verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, y comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4.1 LBAP). Contenido que se amplía al previsto en el artículo 10 LBAP para todos los supuestos en los que resulte necesario el consentimiento escrito del paciente; esto es, los establecidos en el artículo 8.2 LBAP (intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, así como aquellos que conlleven riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa). En estos casos, el consentimiento informado escrito

¹⁷ El art. 4.1 LBAP pone de relieve que las excepciones al derecho a la información asistencial no son indeterminadas, permitiéndose la limitación del derecho sólo en casos de carencia de capacidad del paciente para entender la información o por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica; esto es, “cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave” (art. 5.3 y 5.4 LBAP). Ciertamente, junto al derecho a ser informado, la LBAP también reconoce el derecho que tiene toda persona a que “se respete su voluntad de no ser informada” (art. 4.1). Lo cual debe ponerse en relación con el art. 9.1 LBAP, del que se deriva que la renuncia del paciente a recibir información está sometida a varios límites. Sobre este tema, véase, más ampliamente ARCOS VIEIRA, M.L. “Consentimiento no informado: reflexiones en torno a la existencia de un “derecho a no saber” aplicado a la información clínica”, en ARCOS VIEIRA, M.L. (dir.), *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 23-71.

¹⁸ La información previa como consecuencia implícita de la garantía del derecho a la integridad física y moral, determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.

¹⁹ “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso” (art. 8.1 LBAP).

“tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos” (art. 8.3 LBAP)²⁰.

La información 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 (art. 4.2 LBAP)²¹.

El paciente es el titular del derecho a la información. Lo cual incluye a menores, personas con discapacidad, etc. En este sentido, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5.2 LBAP: “El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”²².

²⁰ La STS de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5649) establece que: “el consentimiento informado, según reiterada jurisprudencia de esta sala, incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria” (FJ. 6).

²¹ Tanto el art. 4.2 LBAP como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han precisado la forma que debe revestir esta información que se debe proporcionar al paciente. “La información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen”. SSTS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003/3916) y 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8427). La información no será excesiva o ilimitada ya que de lo contrario podría contrarrestar la finalidad de la misma. Véase, en este sentido, la STS de 5 de diciembre de 2012, (RJ 2013/641), donde se establece que: “Pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos y posibilidades existentes supone -por exceso- contravenir los principios de la norma, ya que el mismo no se adapta a la claridad, concreción y exigencia de adaptación a los conocimientos de aquellos que lo reciben” (FJ. 5).

²² Este precepto, en la misma línea de ajustar la información a cada paciente, se adecúa a lo dispuesto en el citado art. 4.2 LBAP, el cual exige que aquella

En resumen, la regla general es que el consentimiento sobre una intervención sanitaria corresponde al propio paciente. Es a él a quien compete decidir por sí mismo, una vez recibida la información adecuada, sobre si aceptar o rechazar una intervención médica (arts. 2.2, 2.3, 2.4 y 8.1 LBAP), siempre que cuente con la capacidad natural para ello. Precisamente, que una persona naturalmente capaz de autogobernar su esfera personal pueda hacerlo con plena eficacia jurídica, responde al principio de libre desarrollo de la personalidad. El cual se halla consagrado en el artículo 10 CE, y directamente vinculado a la dignidad personal. Como veremos, ello exige, en general, reconocer a los menores la posibilidad de prestar consentimiento cuando su capacidad natural lo permita²³. Por otra parte, requiere también reconocer la especial situación de vulnerabilidad en que éstos se hallan. En particular, cuando carecen de dicha capacidad natural de autogobierno. En este caso, los menores tendrán limitada su participación en la vida jurídica con el fin de que, dada la ausencia de dicha capacidad, ello pueda acarrearles consecuencias negativas. En este sentido, son acreedores de una especial protección que busca, atendidas las concretas circunstancias del caso en cuestión, beneficiarles.

sea “adecuada a sus necesidades”. Así, el paciente menor de edad no pierde su condición de titular del derecho a la información, sino que la recibirá “*de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión*”. Que el menor reciba información adecuada a su edad es un derecho que se le reconoce ética y jurídicamente.

²³ El reconocimiento de la autonomía al menor viene delimitado en función de su madurez y juicio; es decir, de su aptitud psíquica (intelectiva y volitiva) para comprender el alcance y consecuencias de sus actos. Esa capacidad de discernimiento viene a coincidir con la denominada capacidad natural. Ahora bien, como veremos, existen determinadas actuaciones médicas que cuentan con su propia regulación, así, por ejemplo, la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. Así, una menor de edad no puede acceder a dichas técnicas porque la ley exige mayoría de edad (plena capacidad de obrar). Y ello, aunque se pudiese demostrar que tiene suficiente madurez para consentir.

Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad...

María JORQUI AZOFRA

En atención a lo expuesto, la LBAP exige capacidad para adoptar la decisión y otorgar el consentimiento²⁴. Por lo que, en ciertos supuestos, cuando el paciente carezca de la misma, decidirá otra persona; esto es, será necesario otorgar el consentimiento “por representación”²⁵.

B) EL CONSENTIMIENTO “POR REPRESENTACIÓN”

La LBAP establece que el consentimiento “por representación” se otorgará en los siguientes supuestos (arts. 9.3 y 9.4 LBAP)²⁶:

El primer supuesto (art. 9.3.a LBAP)²⁷, hace referencia al paciente incapaz de hecho. Esto es, se trata de personas, en principio compe-

²⁴ Como expresa J.A. SEOANE, atendiendo al requisito de la capacidad, tres son sus escenarios o modalidades de ejercicio: “(...) la decisión durante la capacidad para el momento presente, mediante el consentimiento informado; (...) la decisión durante la capacidad para un momento futuro de incapacidad, a través de las instrucciones previas y la planificación anticipada de la atención; (...) la decisión durante la incapacidad, que abre paso a las decisiones de representación”: SEOANE, J.A., “Las autonomías del paciente”, *DILEMATA*, núm. 3, 2010, pp. 61-75; p. 64.

²⁵ El entrecomillado responde a que la expresión utilizada, como veremos, por el art. 9.3 LBAP: «consentimiento por representación» es, como señalan algunos autores, criticable. Por una parte, porque engloba supuestos muy heterogéneos, incluidos aquellos en los que la persona carece de representante (art. 9.3.a LBAP). Por otra parte, porque no resulta acertado que, en materia relacionada con el ejercicio de los derechos de la personalidad, se utilice la expresión «consentimiento por representación». PARRA LUCÁN, M.A. “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2003, p. 6.

²⁶ Los apartados 3, 4 y 5 de este precepto han sido modificados 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 adolescencia. Asimismo, dicha Disposición Final segunda añade los apartados 6 y 7 del citado artículo 9 LBAP.

²⁷ “Se otorgará el consentimiento por representación: Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho” (art. 9.3.a LBAP).

tentes para adoptar decisiones, pero que, en el momento de tener que decidir sobre determinada intervención médica, no se encuentran en condiciones físicas o psíquicas para hacerse cargo de la situación.

El médico responsable de la asistencia es quien determina la falta de capacidad del paciente. En tal caso la decisión se atribuye, si el paciente no tiene representante legal, a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho²⁸.

El segundo supuesto (art. 9.3.b LBAP)²⁹, se refiere a las personas con la capacidad modificada judicialmente, y así conste en la sentencia³⁰. Se refiere, en general, a personas con discapacidad intelectual o

²⁸ Sobre este asunto pueden plantearse ciertas cuestiones, cuya imprecisión puede generar dudas respecto a su aplicación práctica. Por un lado, no se establece un orden preferencial ni entre “familiares”, ni entre personas “vinculadas por razones de hecho”, por lo que puede generarse un conflicto, por ejemplo, si la pareja del paciente sostiene un criterio distinto al de los padres. Por otra parte, no se delimitan los criterios que permiten al médico valorar si el paciente es capaz o no de comprender la información. Algunas leyes autonómicas en nuestro país, sí se han encargado de delimitar estos criterios. Véase, por ejemplo, el artículo 19 de la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte.

²⁹ También se otorgará el consentimiento por representación: “Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia” (art.9.3.b LBAP).

³⁰ En cuanto a la modificación judicial de la capacidad de *obrar*, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 200 de nuestro Código Civil, según el cual: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Se requiere sentencia judicial firme. “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley” (art. 199 Código Civil). En la sentencia se nombrará un tutor (representante legal de la persona) o un curador (quien asiste a la persona cuya capacidad ha sido modificada judicialmente; esto es, el curador no es su representante legal, no sustituye la voluntad de ésta). Ahora bien, incluso en los supuestos en los que se estableciera una tutela, el paciente con capacidad natural se encontraría legitimado para decidir por sí mismo, pues la decisión sobre lo que afecta a su propia vida o salud, en cuanto acto relativo a derechos de la personalidad, corresponde a su titular, si para el caso concreto cuenta con dicha capacidad necesaria (art. 162.2.1º Código Civil).

psíquica³¹. En estos casos, salvo que la sentencia de modificación de la capacidad haya privado expresamente a la persona de su derecho a decidir en el ámbito de la salud, –en base a la ausencia de capacidad natural para ello–, será el médico el que determine, para cada concreta intervención médica, si el paciente tiene la capacidad para adoptar dicha decisión por sí mismo. Ello, con independencia de que se haya establecido una tutela o una curatela como sistema de apoyo a la persona con capacidad modificada³².

El tercer supuesto (arts. 9.3.c y 9.4 LBAP)³³, –al que dedicaremos nuestra atención por ser nuestro objeto de estudio–, se refiere al consentimiento de los menores de edad.

³¹ Sólo cabe plantear el consentimiento “por representación” para las personas con discapacidad intelectual o psíquica.

³² Véase, más ampliamente sobre esta cuestión, ELIZARI URTASUN, L. “Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 2016, pp. 337-369; pp. 347 y 348.

³³ Asimismo, se otorgará el consentimiento por representación: “*Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*” (art. 9.3.c LBAP). Por su parte, el artículo 9.4 LBAP, establece, en su primer párrafo, lo siguiente: “*Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) (incapaz de hecho) y c) (con la capacidad modificada judicialmente) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación*”. No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, el segundo dispone lo siguiente: “*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*” (art. 9.4 segundo párrafo LBAP).

C) EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD

Antes de abordar esta cuestión, resulta preciso delimitar, siquiera brevemente, algunas consideraciones previas sobre el régimen jurídico de la capacidad de los menores.

En el Derecho español, la capacidad de obrar está íntimamente relacionada con la aptitud natural del sujeto para atender por sí mismo al cuidado de su persona y bienes. Nuestro Código Civil (en adelante, CC) carece de una regulación específica de la situación jurídica del menor. El artículo 322 CC establece una capacidad general de obrar que permite realizar todos los actos de la vida jurídica, –siempre que no exijan una capacidad distinta–³⁴, la cual aparece vinculada a la mayoría de edad³⁵. Así, frente a la plena capacidad de obrar del mayor de edad, la del menor no es plena en la medida en que, respecto a ciertos actos, está sujeta a limitaciones. En este sentido, las facultades representativas han de conjugarse con las facultades intelectivas y volitivas del menor en cada caso. Ello requiere tomar en consideración que la capacidad se va adquiriendo gradualmente, de modo que no procede hablar del menor con carácter general, sino de menores³⁶.

³⁴ Por ejemplo, la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años (art. 175.1 CC).

³⁵ “*La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos*” (art. 315.1 CC). A partir de esta edad se es formalmente capaz para todos los actos de la vida civil, siempre y cuando no concurren otras circunstancias que lo impidan. La edad es, entre otros, elemento delimitador del estado civil de las personas, influyendo en su capacidad de obrar. La fijación de ese límite concreto, si bien constituye un elemento de seguridad en el tráfico jurídico, no supone una garantía de la capacidad real del sujeto. BARTOLOMÉ TUTOR, A. *Los derechos de la personalidad del menor de edad. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 105 y ss.

³⁶ Como expresa F. Rivero Hernández, no hay «minoría de edad», sino «minorías», pues “dentro de la minoría de edad quedan comprendidas edades y situaciones tan distintas como son la del niño de tres meses o tres años y la del joven de quince o diecisiete años, que no pueden ser tratadas de idéntica forma”. RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés superior del menor*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 175 y 176.

Las reformas legales en esta materia tienden a enfatizar la dependencia directa entre dicha capacidad natural de autogobierno y la posibilidad de actuación con eficacia jurídica³⁷. En cuanto a los menores de edad, ello se logra a través del recurso directo al criterio de su madurez o estableciendo determinadas capacidades especiales de obrar³⁸.

Precisamente, a medida que la capacidad de obrar se va desvinculando de la mayoría de edad, sustentándose en criterios de madurez, la función de los padres se va desligando de la representación legal³⁹. Cuestión que deja entrever el reto esencial que plantea esta materia: promover la autonomía del paciente menor de edad en el marco de las decisiones sanitarias sin mellar, en su caso, la responsabilidad que tienen los padres de protegerlo, en atención a sus deberes de cuidado y asistencia. Reto que exige considerar, –con el fin de determinar el

³⁷ El progresivo reconocimiento de la autonomía del menor ha cristalizado en nuestro Derecho a través de sucesivas reformas a nivel estatal y autonómico, aprobadas, fundamentalmente, en el ámbito de la persona y de la familia. Véase, en este sentido, PARRA LUCÁN, M.A. “Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, PRATS ALBENTOSA, L. (coord.), t. I, Madrid, Wolter Kluwers/Consejo General del Notariado, 2012, pp. 97-457.

³⁸ Nuestro ordenamiento jurídico reconoce, a partir de una determinada edad y/o grado de madurez, capacidades de obrar “especiales” tanto en el ámbito patrimonial –por ejemplo, otorgar testamento a partir de los catorce años, salvo el testamento ológrafo (arts. 663.1 y 688.1 del Código Civil), como en el ámbito personal – por ejemplo, los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo (art. 162.2.1º CC).

³⁹ Así, en los primeros años de vida del menor, dado que éste carecerá de las condiciones mínimas de capacidad natural para actuar por sí mismo, la función de los padres consistirá en la representación legal. En cambio, cuando el menor adquiera cierta capacidad para gobernarse por sí mismo, parece más razonable una protección consistente en su deber de vela, a fin de salvaguardarlo de los peligros a los que puede estar expuesto debido a su falta de experiencia. Si bien, en sede de derechos de la personalidad, no cabe la intervención de terceros con carácter sustitutivo; esto es, no cabe la representación legal. Lo cual no significa que puedan existir razones justificadas que motiven la intervención de los representantes en aras del cumplimiento de los deberes de guarda y protección que les incumben, como veremos más adelante.

ámbito de la autonomía del menor—, su edad, su madurez emocional y cognitiva, la naturaleza del acto que afecta a sus intereses, así como la importancia de los bienes y derechos en juego. La combinación de estos factores, así como la ponderación de los valores implicados, habrá de pasar por el tamiz del interés superior del menor. Elemento esencial de juicio en este tema.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 39 CE establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos⁴⁰. Las normas que determinan el ámbito de actuación del menor vienen presididas por la 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, (en adelante, LOPJM). Esta ley parte del reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, así como de la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con él (Exposición de Motivos)⁴¹.

⁴⁰ Entre estos acuerdos e instrumentos internacionales destacan la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990, y sus Protocolos facultativos. Además, resulta reseñable el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010. Por otra parte, deben destacarse también el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014, así como el ya citado CDHB.

⁴¹ Se parte de una concepción de los menores como “sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social y de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades”. Asimismo, se introduce la idea del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos a través del derecho a “ser escuchado si tuviere suficiente juicio”, siendo la capacidad natural del menor (“suficiente juicio”) lo que determinará, fundamentalmente, su capacidad de autodeterminación (art. 9.2 LOPJM).

Autonomía y protección del menor son los cimientos sobre los que se erige su estatuto jurídico. La promoción y respeto de la primera incluye el reconocimiento de su capacidad progresiva para ejercer los derechos de la personalidad, en función de sus condiciones de madurez. Como ser vulnerable necesitado de protección, requiere que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan y prime sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir⁴². En esta línea de promover y garantizar la autonomía y protección del menor se inscribe la necesidad de interpretar de forma restrictiva las limitaciones a su capacidad de obrar y, en todo caso, siempre en el interés superior del mismo⁴³.

⁴² Véase, en este sentido, lo dispuesto en el art. 2.1 LOPJM. Tras la reforma operada en la LOPJM, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el art. 2 recoge un extenso precepto en el que se contempla dicho derecho del menor a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Dicha LO 8/2015, que incorporó la jurisprudencia del TS y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, asignó al concepto de interés superior un contenido triple. “Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”. Véase también la Observación General núm.14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Derechos del Niño.

⁴³ Véase lo dispuesto en el art. 2.1 segundo párrafo LOPJM. Se establece, en este sentido, que “la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”. Sólo así “podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro”, fijando “las necesidades de los menores como eje de sus derechos y protección” (Exposición de Motivos, LOPJM).

El derecho de los menores a ejercer sus derechos de la personalidad de acuerdo con su madurez se reconoce en el artículo 162.2.1.º CC, sin perjuicio de la asistencia de sus padres en virtud de sus deberes de cuidado y protección⁴⁴. El respeto a la dignidad, núcleo esencial de dichos derechos, exige reconocerles un margen de libertad de decisión y actuación a medida que con la edad se desarrollan sus capacidades intelectivas y volitivas y, con ello, su personalidad. El citado precepto, por tanto, excluye del contenido propio de la patria potestad el ejercicio de los actos relativos a los derechos de la personalidad cuando el hijo tiene madurez suficiente⁴⁵. Así, el consentimiento, en el ámbito sanitario, corresponde al menor maduro⁴⁶, aunque ello no excluye, en todo caso, la intervención de los representantes legales⁴⁷. Pues, ésta será precisa en determinados supuestos, tales como aquellos en los

⁴⁴ A tenor de lo dispuesto en el citado precepto: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”. Si bien establece, en su segundo párrafo, que se exceptúan de dicha representación: “1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez pueda ejercitar por sí mismo”. Asimismo, el precepto señala lo siguiente: “No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia” (art. 162.2.1.º CC).

⁴⁵ Con base en el art. 267 CC, cabe defender la misma conclusión para la tutela.

⁴⁶ Persona con capacidad emocional e intelectual de comprender el alcance de la intervención médica a partir de “aptitudes psicológicas —cognitivas, volitivas y afectivas— que permiten conocer, valorar y gestionar adecuadamente la información, tomar una decisión y expresarla” (capacidad natural). Véase, SIMÓN-LORDA, P. “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. XXVIII, núm. 102, 2008, pp. 325-348; p. 327.

⁴⁷ Aunque los padres no pueden tener la consideración de representantes legales para ejercitar los derechos de la personalidad de sus hijos menores de edad, tal exclusión de representación no conlleva de facto aparejada una total ausencia de intervención de los titulares de la patria potestad, pues éstos se hallan obligados por el deber de asistencia, tal y como hemos señalado. BARTOLOMÉ TUTOR, A. “El tratamiento de los derechos de la personalidad de los menores de edad tras la reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 69, 2015, pp. 313-323.

que exista un grave riesgo para la vida o salud del menor. En estos casos, los padres o el tutor no actúan como representantes sino cumpliendo la función de vela que tienen atribuida legalmente (arts. 154 y 269 CC)⁴⁸.

En efecto, como ya señalamos, pese a que la LBAP utiliza la expresión consentimiento “por representación”, cuando se trata de actos relativos al ejercicio de derechos de la personalidad, la decisión adoptada por los responsables parentales o tutores no responde propiamente a un acto de representación, sino al cumplimiento del deber de vela⁴⁹.

⁴⁸ Compete a los padres orientar la vida de los hijos *in potestate* (arts. 154.2, 162.1, 164 y ss CC). Como responsabilidad parental, la patria potestad se ejercerá siempre “*en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental*” (Art. 154. 2 CC). Actuar de este modo significa, entre otras cosas, promover su autonomía, dejando que el menor participe en la configuración de su vida y de su propio interés. Lo cual vendrá determinado, entre otros parámetros, por el grado de madurez del menor. Por otra parte, el precepto alberga la necesidad de que los padres o el tutor tengan en cuenta, según la gravedad del supuesto, el alcance de las consecuencias que la intervención médica puede ocasionar en la autonomía actual y futura del menor, lo que incluye una ponderación de los posibles efectos irreversibles que dicha intervención puede llevar consigo para la vida futura del menor.

⁴⁹ Un sector de la doctrina considera que, en estos casos en los que realmente decide el representante legal, (o, a veces, el juez), no se trata tanto de una declaración de voluntad de éste que sustituye a la del menor, ya que el consentimiento de éste es personalísimo para esos actos e insustituible; sino que se emite como expresión de un deber en el ejercicio de la función pertinente (patria potestad, o la institucional del juez). RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés superior del...*, *ob. cit.*, 2007, p. 187. Para DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN, A., tampoco se trataría propiamente de un acto de representación, sino de una facultad derivada del deber de velar. DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T.I, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 278 y 279. “Conviene insistir en el error de la Ley al tratar como consentimiento por representación actos de ejercicio de derechos de la personalidad: la decisión, en realidad, se adopta en el cumplimiento de los deberes de guarda y protección que incumben a padres o tutores”: PARRA LUCÁN, M.A. “La capacidad del...”, *ob. cit.*, 2003, p. 7. Deber de vela, que como ponen de manifiesto algunos autores, no sólo comprende el cuidado del hijo, sino alejarle de peligros, además de otros actos (sanitarios,

La capacidad natural o madurez suficiente constituye, por tanto, la regla básica para que los menores de edad puedan ejercitar sus derechos de la personalidad. Este planteamiento se ha visto refrendado por la LBAP. Es el artículo 9 el que regula los “límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación”. Según lo dispuesto en dicho precepto, el ámbito de autonomía de los pacientes menores de edad viene determinado por las reglas que se exponen a continuación.

Cuando el paciente *menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención*, el consentimiento lo dará el representante legal, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 LOPJM (art. 9.3.c LBAP). Esto significa que el menor de edad que tenga capacidad natural o suficiente madurez podrá otorgar el consentimiento por sí mismo⁵⁰. Es decir, la capacidad para consentir no viene determinada por la mayor edad sino por la madurez, que será valorada por el facultativo en cada caso concreto⁵¹. El derecho del menor a ser escuchado se corresponde con la tendencia a aumentar el protagonismo de los menores en la vida jurídica, encontrándose sustentado también en el artícu-

educativos, etc.). Véase ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de familia y de la persona*, vol. 3, Valencia, Bosch, 2007, p. 485.

⁵⁰ Quedan fuera del ámbito de la actuación por representación las decisiones adoptadas por los menores que, no teniendo cumplidos los dieciséis años, tengan, sin embargo, madurez suficiente para comprender el alcance de la intervención. PARRA LUCÁN, M.A. “La capacidad del paciente para...”, *op. cit.*, 2003, p. 7; SANTOS MORÓN, M.J. “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *AFDUAM: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 63-93; p. 81.

⁵¹ Puede interpretarse que lo decisivo es la capacidad real del menor “sus condiciones de madurez” para comprender el alcance de la intervención. La capacidad natural es una cualidad del sujeto que debe ser valorada caso por caso, en relación con la decisión de que se trate. Debe tenerse en cuenta que el grado de entendimiento necesario para el ejercicio de un derecho de la personalidad se determina, fundamentalmente, en atención a la naturaleza y consecuencias del acto a que se refiera. Pues, no todos los actos tienen igual trascendencia e influencia en el desarrollo futuro del menor. Véase, en este sentido, SANTOS MORÓN, M.J. “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *ob. cit.* 2011, p. 64.

Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad...

María JORQUI AZOFRA

lo 9.7 LBAP, al establecer que el paciente participará, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario⁵².

Una de las grandes dificultades que plantean los supuestos en los que el paciente es un menor, consiste en la valoración de su madurez emocional y cognitiva, la cual debe ponerse en relación, entre otros criterios, con la complejidad de la cuestión que se trate⁵³. En la valora-

⁵² La reforma legal operada en el apartado 3 del art. 9 LBAP, elimina el límite de doce años que se establecía para que el menor fuera escuchado en caso de que sus representantes legales otorgaran el consentimiento por representación. Tras la reforma, cualquier menor de edad, aunque tenga menos de doce años, puede otorgar consentimiento si es capaz de entender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención médica que se le va a realizar. Si no alcanzara la capacidad suficiente, debe ser escuchado en los términos del art. 9 LOPJM «*Derecho a ser oído y escuchado*». Este precepto ha sido objeto de nueva redacción por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Según lo dispuesto en este precepto, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que el menor esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, deberán tenerse en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. El art. 154 CC también establece que: “Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”. Como manifestaciones legales concretas de este derecho de audiencia, véase arts. 92.2 y 159 CC, en procesos de nulidad, separación y divorcio de los padres. Véase también lo dispuesto en el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y en el art. 6.2 del CDHB. La Observación General n.º 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/CG12, 20 de julio 2009), del Comité de Derechos del Niño. En ella se señala que el término “madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada menor para formarse opinión y decidir sobre una determinada situación. Para algunos autores, la madurez del menor debe medirse por sus capacidades formales de juzgar y valorar las situaciones, no por el contenido de los valores que asuma o maneje, pues no se puede considerar inmaduro a todo el que piense de modo distinto. GRACIA, D., JARABO, Y., *et. al.* “Toma de decisiones con el paciente menor de edad”, en AAVV, *Ética en la práctica clínica*, Triacastela, Madrid, 2004, p. 142.

⁵³ GONZÁLEZ CARRASCO, E. “Autonomía y tratamiento del menor maduro”, *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, MENDOZA BUERGO, B. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 179-206; p. 200. En

ción del desarrollo psíquico y moral de la persona y en el concepto de su propia madurez, confluyen variadas componentes psíquicas, estando en juego todas las inteligencias y facultades (intelectivas, volitivas, emocionales, juicio crítico y axiológico, etc.). Lo que, en ciertos casos (graves o particularmente conflictivos), puede requerir el dictamen de expertos, por ejemplo, asesoramiento especializado de psicólogos infantiles u otros especialistas⁵⁴.

este sentido, DRANE, desarrolló su estrategia de evaluación –la Escala Móvil–, según la cual la capacidad del paciente se desplaza sobre una escala de competencia que oscila desde la incapacidad total hasta la capacidad total, en virtud del grado de complejidad de la decisión. Así, cuanto más compleja sea una decisión, menos pacientes serán considerados capaces. Véase DRANE, J.F. “Las múltiples caras de la competencia. A mayor riesgo, criterios más estrictos”, en COUCEIRO, A. (Ed.), *Bioética para clínicos*, Triacastela, Madrid, 1999, pp. 163-176. Ahora bien, como expone OJEDA RIVERO, R., del hecho evidente de que “se requiere más capacidad para tomar decisiones complejas que para tomar decisiones simples (...), no se sigue que se necesite más capacidad para rechazar las indicaciones del médico que para aceptarlas”, Véase OJEDA RIVERO, R. “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, *InDret*, 3/2015, p. 11.

⁵⁴ En definitiva, decidir cuándo y bajo qué condiciones los menores de edad tienen capacidad para tomar decisiones de forma autónoma es una cuestión compleja. Ello requiere invocar argumentos derivados de la psicología evolutiva en general, y en particular, de la psicología del desarrollo moral. Véase la aplicación de estos argumentos a la capacidad de los menores para la toma de decisiones clínicas en SIMÓN, P y BARRIO, I. M. “Estadios y evolución de la conciencia moral para tomar decisiones sobre la propia salud”, en DE LOS REYES, M. y SÁNCHEZ JACOB, M. (Eds.), *Bioética y Pediatría*, Editorial Ergon, Madrid, 2010, pp. 39-48. En opinión de otros autores, dada la importancia que tiene la valoración de la madurez, se considera que ello no sólo debe recaer en los facultativos, sino que el acento debe ponerse también en el Ministerio Fiscal, pues es quien asume la salvaguarda del interés superior del menor y, por tanto, quien, con su actuación, conferirá seguridad al acto específico que vaya a llevarse a cabo. Así, según expresa Bartolomé Tutor, A., “La madurez se determinará por decreto motivado, emitido por el Ministerio Fiscal, confiriéndole seguridad al acto. Para ello, el Ministerio Fiscal instará la colaboración del facultativo, en relación a la intervención que se vaya a practicar, se escuchará a los *representantes parentales*, quienes intervendrán en calidad de *asistentes*, y el menor será oído, al objeto de conocer sus motivaciones y su capacidad de

Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad...

María JORQUI AZOFRA

Cuando se trate de *menores emancipados o con dieciséis años cumplidos*, capaces de comprender el alcance de la intervención, no es posible el consentimiento por representación (art. 9.4, párrafo primero, LBAP). Ahora bien, en *situaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor*, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor (art. 9.4, párrafo segundo, LBAP)⁵⁵.

Puede considerarse que la mención expresa en la LBAP a los emancipados y mayores de dieciséis años, hace referencia a una presunción de capacidad en virtud de la cual, cuando se trate de supuestos que no sean de grave riesgo, podrán éstos ejercer por sí mismos su autonomía decisoria, sin que, en principio, sea necesario que el facultativo entre a valorar su madurez. Dicho en otros términos, la capacidad natural del mayor de dieciséis años para decidir en este ámbito se presume con carácter *iuris tantum*⁵⁶, debiendo probarse la suficiencia de su juicio o madurez cuando el menor no ha alcanzado dicha edad.

En cuanto al criterio a seguir en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, se atiende al mayor beneficio para la vida o salud del menor. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (art. 9.6 LBAP).

discernimiento (el subrayado es de la autora). Véase, BARTOLOMÉ TUTOR, A. *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, op. cit., 2015, p. 301.

⁵⁵ La LBAP hace referencia a los casos de “grave riesgo”. Cuestión que, en la práctica, no siempre resultará fácil de concretar. La Ley remite su apreciación al facultativo.

⁵⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Valladolid, Lex Nova, 2003, p. 287.

Junto con todo lo señalado hasta ahora, hay que tener presente que determinados supuestos, tales como la práctica de ensayos clínicos⁵⁷, de técnicas de reproducción humana asistida⁵⁸, se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación (art. 9.5 LBAP). También, “[P]ara la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales” (art. 9.5 segundo párrafo LBAP)⁵⁹. A estos supuestos, habría que añadir también otros que no aparecen expresa-

⁵⁷ Véase 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. El art. 2.2 h define al «Menor» como: “Sujeto de ensayo, que según 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, no ha alcanzado la edad legal para dar su consentimiento informado”; véase también el art. 5 «ensayos clínicos con menores», que sigue lo establecido en el art. 32 del Reglamento (UE) n° 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, y por el que se deroga la Directiva 2001/20/CE.

⁵⁸ Véase Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo art. 6.1 se refiere, para poder ser receptora o usuaria de dichas técnicas a “*toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar*”.

⁵⁹ Véase Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, art. 13, cuyo apartado tercero establece que: “Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo: que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica”. Se suprime el apartado cuarto de este artículo por la 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. La redacción de dicho apartado antes de la reforma operada, disponía lo siguiente: “En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

mente contemplados en la LBAP. Por ejemplo, trasplante de órganos⁶⁰, cirugía transexual⁶¹, obtención de células y tejidos humanos⁶², etc.

III. TOMA DE DECISIONES POR LOS MENORES MADUROS EN SITUACIONES DE GRAVE RIESGO: AUTONOMÍA, VULNERABILIDAD E INTERÉS SUPERIOR

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.

⁶⁰ Véase Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, que, según lo dispuesto en el art. 4.a), la obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, se exigirá que el donante sea mayor de edad. Para el receptor menor, la ley exige el consentimiento por escrito de “sus representantes legales, padres o tutores” (art. 6.c), sin distinguir la edad o la madurez del menor para comprender las consecuencias de la intervención. Resulta acorde con lo dispuesto en la LBAP que si el menor tiene suficiente madurez pueda ejercer su autonomía decisoria sin más límite que la salvaguarda de su interés superior, acompañado, en su caso, en la toma de decisión, por los representantes legales en función de los deberes de guarda y protección.

⁶¹ El art. 156 del Código Penal niega relevancia al consentimiento de cualquier menor de edad y de sus representantes legales para excluir la antijuricidad de las lesiones en materia de trasplante de órganos, cirugía transexual y esterilizaciones.

⁶² Véase el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. En su art. 7.1 IV se establece que: “No podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad o de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal”.

El legislador, –tras la reforma legal introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia–, se ha decantado, en caso de actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio facultativo, a favor de la intervención de los representantes legales, a los que faculta para adoptar la decisión que atienda al mayor beneficio para la vida o salud del paciente⁶³. Esto es, al menor, –pese a contar con madurez suficiente para decidir libremente sobre su propio bien en relación con su proyecto vital–, se le impide ejercer su autonomía decisoria si con ello pone en grave riesgo su vida o salud.

⁶³ Según el art. 9.4. II LBAP “(...), 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”. Además, a tenor de lo dispuesto en el art. 9.6 LBAP, queda establecido el fin de dicha decisión, que no puede ser otro que atender siempre al “mayor beneficio para la vida o salud del paciente”. Esta postura es la adoptada por la Fiscalía General del Estado. Véase Circular 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. Esta Circular identifica el interés del menor con la exigencia de proporcionarle las necesidades materiales básicas, entre ellas la salud, y en atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con dichas necesidades básicas. Así, según lo dispuesto en la misma: “Es evidente que si la salud es una de tales necesidades básicas, lo será prioritariamente la vida como presupuesto *sine qua non* de todas las demás” (p. 16). De este modo, se pretende acabar con los conflictos que plantea la negativa al tratamiento decidida bien por el propio menor maduro, bien por sus padres o representantes, en supuestos en los que esta decisión pone en riesgo la vida del menor. En este sentido, el art. 1.10 de la Ley 26/2015, modifica el art. 17 «actuaciones en situación de riesgo» de la LOPJM, cuyo párrafo 10 queda redactado del siguiente modo: “La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo. En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor”.

Ello exige realizar varias consideraciones. Como hemos señalado, que una persona naturalmente capaz de autogobernar su esfera personal pueda hacerlo con plena eficacia jurídica, responde al principio de libre desarrollo de la personalidad. Así, reconocer a los menores su libertad para decidir en el ámbito sanitario, tan pronto como cuenten con la madurez suficiente para ello, no constituye sino una manera de promover su autonomía. El problema deviene cuando el ejercicio de dicha libertad de elección pueda entrar en conflicto con otros bienes y derechos protegidos, y/o con los deberes de guarda y protección que incumben a padres o tutores. Problema que exige, a la luz del caso concreto, ponderar los bienes en juego y analizar las razones que justifican el curso de acción que mejor se ajusta al interés superior del menor.

La cuestión que se plantea, en el orden decisorio, es qué debe entenderse por “mayor beneficio” y quién debe definir algo como tal. Sin duda, la participación del menor en dicha definición y el derecho a ser escuchado opera a favor de su interés⁶⁴. Difícilmente se le puede hacer el bien sin saber, al menos, cuáles son las preferencias expresadas por él. Éstas forman parte de su interés, y han de ser respetadas, salvo que “objetivamente” le resulte perjudicial, siempre con el fin de evitar su desprotección. Entre las coordenadas que nos servirán para delimitar dicho ámbito de participación y determinación por el propio menor de su interés, se halla su madurez⁶⁵.

⁶⁴ En la tarea de determinar cuál es el “interés superior del menor”, se deben respetar toda una serie de garantías, entre las que se halla, dicho “derecho a ser oído y escuchado” sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (art. 9. 1 LOPJM). No se puede conocer y aplicar correctamente el interés del menor si no se respeta su derecho a ser escuchado. A su vez, el interés del menor refuerza la funcionalidad del derecho del menor a ser escuchado al facilitar el papel esencial de los menores en todas las decisiones que afecten a su vida. Véase, en este sentido, lo que señala el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su Observación General núm. 12 de 2009 («el derecho del niño a ser escuchado»).

⁶⁵ Rivero Hernández, F., señala, además de la madurez o discernimiento del menor, los derechos que puede ejercitar directamente el menor, los límites en el ejercicio de la patria potestad, el respeto de su personalidad por los titulares

También, la interpretación y defensa de dicho interés corresponderá, en su caso, a quien ostenta su representación, lo que va incluido en el marco de la función protectora correspondiente (patria potestad, tutela, acogimiento, etc.)⁶⁶. Mas esa función debe ajustarse a ciertos parámetros normativos que la delimitan marcadamente: a) ejercer su función “en interés de los hijos”; b) actuar siempre “de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental” (art. 154.2 CC)⁶⁷. Dichos parámetros se complementan entre sí.

Así, aunque la ley confíe, de forma amplia, la gestión y dirección del hijo *in potestate* a los padres⁶⁸, dicha función (responsabilidad) conferida no ha de ejercerse sino en interés del hijo menor (art. 154.2

de la patria potestad (o tutela). RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, *ob. cit.*, 2007, pp. 295-308.

⁶⁶ La expresión “en su caso” obedece a que tal función tiene importantes límites, –precisamente, en interés del hijo *in potestate*–, entre los que están los supuestos en que la ley concede al propio menor autonomía decisoria. Pero, incluso en estos casos, como veremos, dicha autonomía puede verse limitada, en aras de salvaguardar el propio interés superior del menor. Asimismo, observaremos que para proteger dicho interés, en ciertos casos en los que pueda verse perjudicado, (bien sea por decisión del propio menor o por sus representantes legales), deba apelarse a la autoridad judicial para que ésta decida y asegure su prevalencia en tales supuestos.

⁶⁷ Véase también art. 268 CC. Así, la función de los padres o tutores debe articularse en beneficio e interés del menor, de acuerdo con su personalidad. La STC 141/2000, de 29 de mayo, (RTC 2000\141) establece que “*los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia* o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC (...))” (FJ. 5).

⁶⁸ STS de 14 de febrero de 2005 (RJ 2005/1670). “(...) cabe señalar que tanto la Constitución –artículo 39– como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno filiales –especialmente artículo 154 del Código civil– reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en que no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención –sin perjuicio de sus deberes de prestación– está limitada a

Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad...

María JORQUI AZOFRA

CC)⁶⁹. No cabe duda del interés público implicado en esta cuestión. Así pues, “sobre los poderes públicos, y muy especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño”⁷⁰. De este modo, al Estado, –y en su representación al juez–, no le corresponde definir cuál debe ser la idea del bien (beneficencia) del propio menor, sino sólo cuidar de su no maleficencia, de que no se actué en perjuicio suyo; es decir, maleficentemente⁷¹.

De ahí que resulte ineludible que la potestad paterna deba quedar sometida al control de los poderes públicos⁷². En concreto, del poder

los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor”. (F.1).

⁶⁹ Valga cuanto digo de la patria potestad, con respeto al interés del menor y su determinación, para la tutela también, en general.

⁷⁰ Véase la ya citada STS 141/2000 (RTC 200/141) (FJ. 5). Véase, asimismo, las sentencias mencionadas al respecto en ese mismo fundamento jurídico: SSTC 260/1994, de 3 de octubre (RTC 1994/260); 60/1995, de 17 de marzo (RTC 1995/60) y 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999/134). Función protectora del Estado que debe entenderse en un segundo plano; esto es, “los primeros responsables son los padres que ejercerán la patria potestad con libertad y sólo en su defecto operará la faceta tuitiva del Estado (...), convirtiéndose en el segundo responsable y último de su protección integral”: CALZADILLA MEDINA, M.A. “Lo que la patria potestad no ampara”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 74, 2017, p. 2.

⁷¹ “(...), ni el médico ni el Estado tienen capacidad para definir lo que es el mayor beneficio de un niño. (...). La función del Estado no es ésta, sino otra muy distinta, que consiste en vigilar para que padres y tutores no traspasen sus límites...”. Véase, GRACIA, D., JARABO, Y., *et. al.* “Toma de decisiones con el paciente menor de edad”, en AAVV, *Ética en la práctica clínica*, Triacastela, Madrid, 2004, p. 141, donde, asimismo, se señala que los padres tienen “derecho a dotar de contenido a la beneficencia del niño, siempre y cuando, naturalmente, no traspasen el límite de la no maleficencia”.

⁷² “El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes

jurisdiccional. Control y tutela judicial que unas veces es preventiva (arts. 156, 158 y 216.2 CC)⁷³; otras veces se halla vinculada a los actos de los padres, cuyo beneficio para el menor se juzgará en cada caso concreto.

Por otra parte, tal y como se ha señalado, la actuación judicial en defensa del interés del menor tendrá que ir dirigida, en ocasiones, frente a éste, a quien –dada, por ejemplo, su inexperiencia o inmadurez–, habrá que defender de sí mismo con el fin de evitarle graves perjuicios; sea en el ejercicio de los derechos que él puede gestionar legal y directamente, sea en su enfrentamiento con los titulares de la patria potestad⁷⁴.

Al ser dicho interés un concepto jurídico indeterminado, corresponde al juez, en la aplicación de la ley, llenarlo de contenido efectivo, al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias, utilizando nuestros tribunales la técnica jurídica casuística. Como pautas en las que apoyar el operador jurídico su decisión, la LOPJM establece los criterios generales que deben tenerse en cuenta (art. 2.2)⁷⁵, así como los elementos con los que éstos deben ponderarse, según las cir-

a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste” Véase STC 176/2008 de 22 de diciembre (RTC 2008/176)

⁷³ “El Juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 6. ° En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses” (art. 158. 6° CC).

⁷⁴ Véase RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, op. cit., 2007, p. 310.

⁷⁵ Por ejemplo, el art. 2. 2 de la LOPJM, contempla una serie de criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, como la “protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas”, o la “consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal”. Estos criterios a su vez se han de ponderar teniendo en cuenta una serie de elementos generales, como la edad y madurez del menor conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad...

María JORQUI AZOFRA

cunstances concretas del supuesto (art. 2.3)⁷⁶. La relevancia de dicho interés no es sino resultado de su consideración como sujeto activo, –en particular, a partir de cierta edad y grado de madurez–, para configurar su vida, sin olvidar su condición diferenciadora (minoría) y, por tanto, vulnerabilidad.

La aplicación conjunta de dichos criterios recogidos en la LOPJM (art. 2.2. a-d), ayudará a concretar el interés superior del menor y a tomar aquella decisión que, con arreglo a los principios de necesidad y proporcionalidad, no restrinja ni limite más derechos que los que ampara (art. 2.3 LOPJM)⁷⁷.

En este sentido, cuando se trate de actuaciones que revisten el carácter de grave riesgo para la vida o salud del menor, la salvaguarda del interés del menor puede imponer, según el caso, restricciones a

⁷⁶ Al art. 2 LOPJM se incorpora la jurisprudencia del TS de los últimos años. Véase la STS 31 de julio de 2009, (RJ 2009/4581), señala, a título de ejemplo, varios criterios para la valoración del interés del menor (antecedente de hecho octavo). A tenor de los mismos, se infiere que la exigencia de atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor ha de ser compatible con las necesidades materiales básicas o vitales de éste (alojamiento, salud, alimentación...), e interpretarse ello de acuerdo con su personal madurez o discernimiento. Véase también otras sentencias del TS, que se han inscrito en esta misma línea de interpretación. Por ejemplo, SSTs de 25 de abril (RJ 2011/3711); 12 de mayo (RJ 2011/3280) y 13 de junio (RJ 2011/4526); de 6 de febrero (RJ 2012/4522) y 17 de febrero (2012/3924). Asimismo, el citado art. 2 de la LOPJM, incorpora los criterios de la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Véase, también, RIVERO FERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, ob. cit., 2007, pp. 277-281, donde expone los criterios (objetivos) de determinación «in concreto» del interés del menor.

⁷⁷ “El posible sacrificio de ciertos derechos del niño o adolescente o de facultades de sus padres (o tutor), en aras del interés superior del menor, debe obedecer a la finalidad de la medida adoptada (precisamente, el beneficio o interés del menor); y debe haber *idoneidad* de esa medida, de forma que sea la más adecuada al caso y decisión; ser *necesaria*, en el sentido de ausencia de otra solución más moderada para el fin perseguido (el interés del menor) con igual eficacia; y que la medida sea *proporcionada* o equilibrada por derivarse de ella más ventajas para el menor que perjuicios (a veces, inevitables)”, *Ibidem*, 2007, p. 319.

la autonomía decisoria tanto del propio menor, aunque cuente con la madurez suficiente, como a los propios representantes legales. La necesidad de velar por el desarrollo integral del menor, en tanto sujeto en tránsito hacia la plena madurez hace que el ordenamiento le otorgue una protección de especial intensidad⁷⁸.

En definitiva, la situación de riesgo y la salvaguarda del interés superior del menor imponen restricciones a la capacidad de los sujetos (del propio menor maduro y de los padres). Pensemos, por ejemplo, en la negativa por parte del menor y/o de sus representantes legales a prestar consentimiento respecto de tratamientos médicos o intervenciones cuya omisión, según el criterio del facultativo, pueda generar grave riesgo para el menor, al resultar necesarios para salvaguardar su vida. Los bienes en conflicto serán de un lado, la vida del menor y en relación con ella, su salud, y de otro, su autonomía decisoria, y, en su caso, libertad religiosa, entre otros. Estas situaciones, caracterizadas por la gravedad de los riesgos, el alcance de las consecuencias y la relevancia de los bienes en juego, han de superarse priorizando el interés superior del menor sobre la voluntad expresada por él mismo o, en su caso, por sus representantes legales⁷⁹.

Un ejemplo claro se presenta con las negativas a transfusiones de sangre por quienes son Testigos de Jehová⁸⁰. En estos casos son varias

⁷⁸ Véase, Instrucción núm. 2/2006 de 15 marzo, de la Fiscalía General del Estado (JUR 2006/94040).

⁷⁹ Véase lo dispuesto en el ya mencionado art. 17.10 de la LOPJM. En opinión de HUALDE MANSO, T: “En el equilibrio entre las tres piezas: autonomía del paciente, patria potestad y protección de la vida e integridad el punto que las mantendría unidas sería la consideración de que no puede darse relevancia a decisiones propias o del representante legal cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor”, HUALDE MANSO, T. “Oposición a transfusiones e intervenciones médicas en situación de riesgo de los menores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2013, pp. 1-8; p. 7.

⁸⁰ Temática tratada en la ya citada Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado. La negativa a la práctica de transfusiones de sangre ha dado lugar a varios pronunciamientos del TC (por ejemplo, SSTC 166/1996, de 28 de octubre (RTC 1996/166); 154/2002 de 18 de julio (RTC 154/2002)). La Fiscalía utiliza en su argumentación los criterios recogidos en dichos pronunciamientos del TC.

las cuestiones a tener presente. El menor, de acuerdo con su madurez, está legitimado para ejercer los actos relativos a los derechos de la personalidad (el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física, entre otros). Ha de tenerse en cuenta que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En la tensión entre el principio de protección del interés del menor y su voluntad, es el primero el que tiende a prevalecer cuando están en juego bienes como la vida. Así, la oposición a un tratamiento o intervención cuyo resultado sea la muerte u otro de carácter gravemente dañino e irreversible, le pone en una situación de grave riesgo, que obliga a intervenir a los efectos de adoptar la decisión correspondiente en salvaguarda de su mejor interés. Sólo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de su plena autonomía⁸¹.

Podemos destacar, entre éstos, los siguientes (recogidos en la STC 154/2002, FJ. 10): El reconocimiento de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, “*no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia de un acto (como el contemplado de rechazo a la intervención médica fundamentado en el derecho a la integridad física) que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable*”. Por otra parte, deben tenerse en cuenta diversos extremos, tales como el valor de la vida: “según hemos declarado la vida, «en su dimensión objetiva», es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” y “supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985 [RTC 1985/53; STC 120/1990 [RTC 1990/120]). Y, asimismo, deben considerarse los efectos previsibles de la decisión del menor: “tal decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida”.

⁸¹ “Los menores de edad (...), se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Sólo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto”. Circular 1/2012, p. 19. Como expresa OJEDA RIVERO, R, “la vida del menor puede ser protegida en nombre de su autonomía futura”. Se trata, según el autor, del “deber de garantizar que el menor alcance la mayoría de edad y pueda desarrollar su personalidad, para decidir con plena autonomía qué valores han de guiar su vida”. Por otra parte, en un contexto normativo que impide

Hemos hablado del rechazo a intervenciones que pueden afectar gravemente a la vida del menor y que, según el caso, requieren, en aras de salvaguardar su interés superior, primar la protección de dicho bien. Pero, es posible que ocurran otras situaciones en el ámbito sanitario que nos muestren razones válidas para considerar que la vida puede no representar el interés superior del menor. Pensemos en aquellos casos en los que éste, por ejemplo, padezca una enfermedad irreversible, incurable y, se halle en estado terminal. Habrá que examinar todos los aspectos involucrados para una completa valoración de las circunstancias que rodean al caso concreto⁸².

a los menores, independientemente de su edad y madurez, consentir en casos como ensayos clínicos, técnicas de reproducción humana asistida, trasplante de órganos, emisión de instrucciones previas (art. 11 LBAP), etc., resultaría contradictorio que sí se les permitiera decidir acerca de un tratamiento cuyo rechazo pone en peligro su salud o su vida. Véase, TRIVIÑO CABALLERO, R. "Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos. A propósito de la STC 154/2002, de 18 de julio de 2002.", *IDret*, núm. 3, 2010, pp. 1-32; p. 17. En estos casos, se afirma la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad a favor del derecho a la vida en cuanto que es sustrato material para el ejercicio de los demás derechos. Se trata de una decisión de consecuencias irreversibles, no susceptible de modificación tras una posterior evolución o maduración de la personalidad del menor. Se pretende, así, procurar que éste alcance la mayoría de edad, para que, con plena capacidad de obrar, adopte decisiones plenamente autónomas. Véase, ROMEO CASABONA, C.M. *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 64-69; p. 68; DE LORA, P. "Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces", *Enrahonar*, 40/41, 2008, pp. 123-140; p. 131.

⁸² Como ya hemos señalado en este trabajo, la determinación "in concreto" del interés superior, requiere tomar en consideración los hechos y circunstancias concretas del caso. Véase, por ejemplo, el auto del Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela, de 9 de octubre de 2015 (JUR/2015/253376). En él se autoriza el plan terapéutico y paliativo pautado para la menor Azucena (de 12 años) por el servicio de pediatría, por considerarlo adecuado a su interés. Posteriormente, tuvieron lugar nuevas discrepancias entre el Equipo Médico del Servicio de Pediatría (proclives a continuar tratamiento pautado) y los progenitores de la menor (favorables a retirar la alimentación y proporcionar analgesia intensa y profunda). En este sentido, se recabó toda la documentación necesaria para una previa y completa valoración del caso integral y multidisciplinar, que hace imprescindible la disposición de conocimientos específicos

Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad...

María JORQUI AZOFRA

La decisión del menor, (o, en su caso, la de sus representantes), en escenarios tales como el mencionado, requerirá, –una vez examinado el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias, así como comprendidos los conceptos esenciales que suelen manejarse en estos contextos (calidad de vida, cuidados paliativos, adecuación del esfuerzo terapéutico, persona con enfermedad terminal, etc.)–, valorar los principios básicos y derechos que resultan aplicables a su particular situación, así como examinar si se cumplen los deberes de los profesionales y las garantías que corresponden al menor durante el proceso del final de su vida. Todo ello resulta ineludible para decidir el curso de acción que mejor se ajuste a su interés superior.

Consideramos, en este sentido, que el menor maduro tendrá, entre otros, derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de tratamientos o intervenciones, cuando sean desproporcionadas a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y/o sufrimientos desmesurados, así como el derecho a decidir que se le retiren las medidas de soporte vital que puedan conducir a una prolongación innecesaria de la agonía y/o mantengan en forma penosa, gravosa y artificial su vida.

que sólo una prueba pericial médico-legal puede suministrar a un juzgador. Lo cual fue satisfecho por el Instituto de Medicina Legal de Galicia (I.M.E.L.G.A.). El informe suscrito por dicho Instituto fue elaborado y firmado por el Jefe de Servicio de la Clínica, un médico forense, una médica psiquiatra y una psicóloga del Equipo Psicosocial, incluyendo examen completo e íntegro del historial médico de la paciente y específicamente de los sucesivos informes del Servicio de Pediatría y del previo del Comité de Ética Asistencial, un reconocimiento conjunto judicial y forense de la paciente, la audiencia de los progenitores de la misma y varias entrevistas con el personal del servicio de pediatría del C.H.U.S. Véase, en este sentido, las conclusiones de dicho informe suscrito por el I.M.E.L.G.A., el cual se pronuncia sobre varias cuestiones: Primera: *si se trata de una paciente con enfermedad irreversible, incurable y en estado terminal* (se aportan, en el auto, las argumentaciones que conllevan a afirmar que, efectivamente, Azucena está en dicha situación); Segunda: *si el procedimiento pautado por el servicio de pediatría del C.H.U.S. (quirúrgico, de hidratación, alimentación o reanimación artificial) es extraordinario o desproporcionado a las perspectivas de mejoría de la paciente y si produce dolor y/o sufrimiento desmesurado a la misma* (se exponen, en el auto, varias circunstancias que conducen a pensar que la niña sí está padeciendo un dolor o teniendo un sufrimiento desmesurado, teniendo en cuenta el estado clínico en el que se encuentra).

En el caso de que “el estado físico o psíquico (del menor maduro) no le permita hacerse cargo de su situación”, la decisión correspondiente deberá tomarse por el representante o, en su caso, por la persona vinculada a él por razones familiares o de hecho⁸³. Entendemos que el deber contemplado en el art. 9.6 LBAP de “*atender siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente*” no ha de interpretarse como un deber de salvaguardar la vida de “todo paciente, con independencia de su situación particular”⁸⁴. No parece que, en todo caso, deba defenderse la vida como valor absoluto en detrimento de otros valores tales como la dignidad y autonomía personal. Pues, puede suceder que, en determinadas situaciones, la persona prefiera no vivir a vivir, cuando ello ya no pueda hacerse sino indignamente. La voluntad expresada por el menor maduro en este sentido ha de ser respetada si ello responde a la salvaguarda de su interés superior. A cuyo favor operará, pese a los efectos irreversibles de la decisión, que no pueda hablarse de situación de grave riesgo, al no haber perspectiva alguna de mejoría que permita apreciar un futuro en el que poder ejercer la plena autonomía. Cuando el menor no cuente con la capacidad para tomar la decisión por sí mismo y tengan que tomarla, en su caso, los representantes legales, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 9.7 LBAP, según el cual: “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya de atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal”⁸⁵.

⁸³ Nos referimos al supuesto de que el menor maduro, si bien pudo haber expresado su voluntad en dicho sentido, en el momento, por ejemplo, de que se replantee su situación puede no estar ya en condiciones físicas o psíquicas para hacerse cargo de la misma. En tal caso, decidirán otras personas dentro de sus deberes de vela (art. 9. 3. a LBAP).

⁸⁴ Recordemos que la determinación del interés superior del menor “no puede basarse en una jerarquía de principios válida en cualquier circunstancia, pues el peso relativo de cada uno de ellos variará en función del contexto”. Véase, OJEDA RIVERO, R. “El rechazo del tratamiento...”, *op. cit.*, 2015, p. 21.

⁸⁵ La cuestión es que cuando los padres no adopten la decisión más favorable a la vida del menor por razones justificadas (por ejemplo, porque ya no cabe hablar de vida en unas condiciones mínimas de dignidad), el legislador exige que el médico lo ponga en conocimiento del juez. Pues es previsible que así proceda, para evitar una posible posterior exigencia de responsabilidades.

En definitiva, la autonomía del menor en el ámbito sanitario es un tema complejo. Podemos encontrarnos con situaciones en las que se refleje cierta tensión entre las facultades inherentes a la función protectora de quien ostenta la representación del menor y el ejercicio por éste, de acuerdo con su madurez, de los derechos de la personalidad. Sabemos que como límite infranqueable para ambos se halla la salvaguarda del interés superior del menor. La cuestión será determinar dicho interés en el amplio marco de decisiones sanitarias que afectan a los menores. Las cuales pueden referirse a temas tales como la anti-concepción, vacunas, trastornos de conducta alimentaria, transexualidad, intervenciones de cirugía estética, etc.⁸⁶

Esta judicialización no sería necesaria entendiendo que se puede decidir a favor del interés del menor, haciendo prevalecer la dignidad de la persona frente a la conservación de la vida a toda costa. En este sentido, NEVADO CATALÁN, V., expone que: “Si finalmente los padres, el médico o el juez deben decidir, como dispone el artículo 9.6 LAP, «en beneficio de la vida o la salud», habría que tener en cuenta el artículo 9.7 LAP, de forma que se respete siempre la dignidad del paciente”. NEVADO CATALÁN, V. “El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXX, 2017, fasc. IV, pp. 1543-1572; pp. 1570 y 1571.

⁸⁶ Algunos de estos temas son tratados, por ejemplo, en BARTOLOMÉ TUTOR, A., *Los derechos de la personalidad...*, *ob. cit.*, 2015, capítulo 5. Véase el estudio de varios escenarios clínicos en relación con el rechazo a ciertos tratamientos (vitales y no vitales) que afectan a menores, SÁNCHEZ JACOB, M., TASSO CERECEDA, M., *et. al.* “Reflexiones del Comité de la AEP sobre el rechazo a tratamientos vitales y no vitales en el menor”, *Anales de Pediatría*, vol. 87, núm. 3, 2017, pp. 175e1-175e6. Habrá que valorar cada supuesto concreto para estudiar cómo juegan los distintos elementos de juicio que ayuden a concretar la decisión o actuación que mejor responda a la protección del interés del menor. Entre dichos elementos se halla: la edad, la capacidad natural o madurez del menor, la reversibilidad o irreversibilidad de la intervención médica, el riesgo que comporta ésta, las consecuencias presentes y futuras para el desarrollo físico y psíquico del menor, las opiniones de éste y las razones que las sustentan, etc. Por ejemplo, ante la decisión de los padres de querer realizar una otoplastia al menor, si éste no cuenta con condiciones de madurez suficiente, el consentimiento lo otorgarán sus padres dentro de sus deberes de cuidado y asistencia, y una vez escuchada la opinión del menor. Si éste cuenta con la madurez suficiente para decidir por sí mismo, podría negarse a la práctica de la misma, en base a la información recibida sobre la finalidad, riesgos y consecuencias y

Cada uno de esos temas requiere un análisis específico que va más allá de los límites de este trabajo. No obstante, dicho estudio adquiere relevancia cuando se sitúa dentro de un marco general de referencia, cuyas coordenadas básicas hemos delimitado y pasamos a resumir en el apartado de conclusiones.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos visto, la relación clínica se ha transformado en un modelo donde ya no cabe que sujeto distinto al propio paciente, naturalmente capaz de autogobernar su esfera personal, decida por él lo que más le conviene. Al paciente se le reconoce como agente con derechos y capacidad para decidir autónomamente sobre las alternativas terapéuticas que se le ofrecen, en base a la información adecuada recibida y según sus valores. El consentimiento informado viene anclado en el derecho fundamental a la integridad física y moral. A través de dicho consentimiento la persona, en uso de la autonomía de su voluntad, decide libremente sobre los tratamientos que pueden afectar a su integridad, consintiendo su práctica o rechazándolas.

En lo que se refiere a los menores de edad, su consideración como sujetos activos con capacidad para participar en la búsqueda de sus necesidades, –eje central de sus derechos–, ha supuesto un cambio en la manera de concebir cómo debe satisfacerse su protección en todas las cuestiones que les afectan. Así, el mejor modo de garantizar su salvaguarda es promover su autonomía como sujetos. Ya no se trata sólo del reconocimiento pleno de la titularidad de sus derechos, sino de una capacidad progresiva para ejercerlos.

aduciendo razones convincentes relativas a su personalidad y fundamentadas en el derecho a ejercer su derecho a la integridad física. En el caso de que, a criterio del facultativo, la intervención, –(por ejemplo, aumento de mamas en menor de doce años)– que quiera practicarse por parte de la menor y/o de los padres resulte desaconsejable o dañina para el desarrollo físico y emocional de ésta, deberá, como última instancia, ponerse en conocimiento de la autoridad judicial para que adopte la resolución correspondiente a efectos de salvaguardar el interés superior del menor.

Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad...

María JORQUI AZOFRA

En el contexto sanitario, ello se traduce en la doctrina del menor maduro. Delimitar el ámbito de autonomía del menor en este terreno exige considerar y determinar su madurez. Cuestión que deberá ponerse en relación, entre otros aspectos, con la naturaleza y grado de complejidad del acto o decisión a la que se enfrente el menor. Y que, en general, requerirá el dictamen de expertos en la materia. Así, la madurez o capacidad natural constituye la regla básica para que los menores de edad puedan ejercer los derechos de la personalidad. Ello exige, en la medida que cuenten con la madurez suficiente, reconocerles la capacidad de otorgar consentimiento; esto es, decidir libremente sobre las intervenciones o tratamientos que puedan afectar a su vida y salud, escogiendo entre las distintas alternativas, autorizando o rechazando su práctica, una vez recibida la información adecuada. Si bien el menor puede ejercitar por sí mismo los derechos de la personalidad, de acuerdo con su madurez, ello no supone la exclusión absoluta de la intervención de los representantes legales. Éstos actuarán, en su caso, en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

En efecto, la consideración del menor como sujeto activo, –en particular, a partir de cierta edad y grado de madurez–, para configurar su proyecto vital según sus deseos, sentimientos y valores, no puede desconocer su condición diferenciadora (minoría) y, por tanto, su posible situación de vulnerabilidad. Así, la filosofía promotora de la autonomía personal del menor, inspiradora de las últimas reformas legales, no puede descuidar la filosofía tutelar o protectora del mismo. Esto es, se trata de apostar a favor de la promoción de su autonomía sin descuidar la función tuitiva, ineludible para garantizar su amparo y protección⁸⁷.

⁸⁷ No siempre resulta fácil armonizar dialécticamente ambas filosofías, o conjugar los deberes de guarda y protección que incumben a padres y tutores, con la autonomía decisoria del menor desde la perspectiva del interés superior de éste. Afrontar con conocimiento y respeto estas situaciones exige partir de una idea básica: al menor se le perjudica mediante un total menosprecio paternalista de su voluntad. Tampoco constituye una forma de honrar a su autonomía el respeto, sin más, de sus deseos sin someterlos a cierta reflexión crítica. Ambas posturas ignoran la importancia que tiene tanto la autonomía como la vulnerabilidad del menor. Además, se apartan de la oportunidad para

Así, la necesidad de velar por el desarrollo integral del menor hace que el ordenamiento jurídico le otorgue una protección de especial intensidad. Las situaciones de riesgo y la salvaguarda de su interés superior imponen, en este sentido, restricciones a la capacidad de los sujetos (del propio menor maduro y/o de los padres). Sin duda, cada caso concreto deberá ser examinado a la luz de los distintos elementos de juicio implicados, (edad, madurez, reversibilidad e irreversibilidad de la intervención, impacto sobre la autonomía presente y futura del menor, etc.), para ahondar en las razones que motiven la decisión y actuación que mejor responda a la protección del interés del menor.

En supuestos tales como aquellos que versen sobre una actuación de grave riesgo para la vida o salud de éste, según el criterio facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor. Mas el papel de actuación del representante vendrá dado, –en estos casos en los que el consentimiento del menor es de carácter personalísimo e insustituible–, por los deberes de guarda y protección; esto es, en cumplimiento de la función de vela que tienen atribuida legalmente.

Función que, según hemos señalado, ha de ejercerse en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, integridad física y moral. Así, ante una posible tensión entre el principio de protección del interés del menor y su voluntad, –o, en su caso, la de sus representantes–, es aquel el que tiende a prevalecer cuando están en juego bienes tan importantes como la vida. Eso sí, cuando la protección de ésta, a la luz del caso concreto, representa su interés superior. Pues, si existen razones objetivamente válidas que nos muestran que la vida no constituye su interés superior, ¿cómo justificar la imposición del tratamiento, contra la voluntad del menor, apelando a dicho interés que, en su caso concreto, casaría mal con el deber de velar por él?

comprender su visión, cómo gestiona el tándem libertad-responsabilidad y, en definitiva, cómo abordar la mejor estrategia de comunicación.

Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad...

María JORQUI AZOFRA