

RESPONSABILIDAD PARENTAL VERSUS AUTONOMÍA SANITARIA DEL MENOR DE EDAD*

CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

Profesora Titular de Derecho Civil (acreditada a Catedrática)

Facultad de Derecho
Universidad de Málaga

RESUMEN

El alcance de la autonomía de la voluntad del menor de edad en el ámbito sanitario implica el análisis de sus facultades de decisión atendiendo a su edad y capacidad natural, sin olvidar el papel que pueden ejercer los representantes legales. Cuando el menor no puede emitir el consentimiento ante la intervención médica, los padres o tutores, en el ejercicio de sus facultades deben decidir por ellos, pero siempre en interés del menor. La práctica se traduce en un conflicto de intereses entre menores, representantes legales y facultativos ante la propuesta de intervención médica. A ello se une un confuso y disperso marco normativo al que se enfrentan los facultativos en el ejercicio de su actividad profesional, lo que les genera inseguridad jurídica, presente en la medicina voluntaria y en la curativa o terapéutica.

Palabras clave: *autonomía personal; menor de edad; responsabilidad parental; capacidad natural; interés superior; derecho a la salud.*

PARENTAL RESPONSIBILITY VERSUS HEALTH AUTONOMY OF THE MINOR

ABSTRACT

The scope of the autonomy of the minor's will in the field of healthcare involves analysing their decision-making powers in accordance with their age and natural capacity, without forgetting the role that legal representatives can play. When the minor is unable to give consent to the medical intervention, the parents or guardians, in the exercise of their faculties, must decide for them, but always in the interests of the minor. The practice results in a conflict of interests between minors, legal representatives and medical practitioners when faced with a pro-

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco de los Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad de Referencia PGC2018-097607-B-I00, el "Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Unión Europea y Derecho interno" (DITEU, 31-12-2021), y "Derechos y garantías de las personas vulnerables en el estado de bienestar", Código: UMA-FEDERJA 175, Programa Operativo FEDER Andalucía, de los que soy investigadora principal. Asimismo, recoge en parte la Ponencia impartida en el 5th International Conference on Childhood and Adolescence, celebrada los días 27 a 29 de enero de 2021, en Oporto.

posal for medical intervention. This is compounded by a confusing and dispersed regulatory framework faced by doctors in the exercise of their professional activity, which generates legal uncertainty, present in voluntary medicine and in curative or therapeutic medicine.

Key words: *personal autonomy; minor; parental responsibility; natural capacity; best interests; right to health.*

SUMARIO

I. DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL A LA AUTONOMÍA DEL MENOR EN EL SENO DE SU PROPIA FAMILIA.— II. ¿QUIÉN ES EL LLAMADO MENOR MADURO? ¿ES EN LA ACTUALIDAD UN CONCEPTO INDETERMINADO?— III. LA ENTRADA EN ESCENA DEL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO POR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.— IV. LOS INTERESES EN CONFLICTO EN LA RELACIÓN PACIENTE MENOR/MÉDICO: EL INTERÉS DEL MENOR COMO ELEMENTO DE DECISIÓN.— V. EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA POR PARTE DEL LLAMADO “PACIENTE MENOR DE EDAD”.— VI. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL PROBLEMA DE LA EVALUACIÓN DE LA CAPACIDAD NATURAL.— VII. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EMITIDO POR LOS REPRESENTANTES LEGALES: PAUTAS DE UNA POSIBLE ACTUACIÓN.— VIII. CASOS ESPECIALES. IX. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.— X. CONCLUSIONES.— XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL A LA AUTONOMÍA DEL MENOR EN EL SENO DE SU PROPIA FAMILIA

La patria potestad, como responsabilidad parental, se encuentra constituida por el conjunto de deberes y facultades que tienen los progenitores a los cuales se encomienda la protección sobre la persona y la propiedad del menor¹. Se configura como la institución encargada de la protección del menor de mayor importancia y desarrollada en el seno de la fa-

milia que es la sede natural del sistema². Instrumento por excelencia de tutela, consiste en un conjunto de situaciones jurídicas que, normalmente, emergen del vínculo de la filiación, e incumbe a los padres con vistas a la protección y promoción del desarrollo integral del hijo menor no emancipado³. Debe ser ejercida siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, respetando su integridad física y psicológica.

La responsabilidad parental es ejercida, normalmente, de forma conjunta, aunque es posible su práctica por uno solo de los progenitores. En el primer caso, debe ser compartida en un plano

¹ Sobre el término responsabilidad parental y patria potestad, *Vid.* entre otros, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, “Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2016, p. 6 (BIB 2016, 862); DIEZ GARCÍA, Helena, “Comentario art. 154 C.c.”, *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 375 y ss.

² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.124.

³ Así lo entiende, DUARTE PINHEIRO, Jorge, *Limites ao exercicio das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança*, Editorial Gestlegal, Coimbra, 2020, p. 23.

de igualdad, debiendo en el supuesto de ejercicio por uno solo de ellos, contar con el consentimiento expreso o tácito del otro. Generalmente, mientras la responsabilidad parental es ejercida de forma conjunta, la protección del menor en el seno de su familia, aunque puede ser desatendida, no suele plantear graves problemas. Sin embargo, cuando el menor experimenta en el seno de su familia un proceso de desestructuración, el cumplimiento no adecuado de los deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, puede derivar en una situación de riesgo. No obstante, hay que tener presente que el conflicto parental no tiene que derivar exclusivamente de una crisis de la pareja, sino del ejercicio progresivo por parte del menor de su capacidad de obrar atendiendo a su capacidad natural y, sobre todo, cuando de los derechos de la personalidad se trata (art. 162.2.1º C.c.).

El marcado y progresivo protagonismo adquirido por el menor⁴ a nivel personal, familiar y social, no es más que una manifestación del desarrollo libre e integral de su personalidad, en el que su interés prima sobre cualquier otro⁵. Sin

embargo, esta posición puede, en ocasiones, poner en peligro al propio menor. Del mismo modo que, el reconocimiento de un ámbito de capacidad al menor, favorece e incentiva el desarrollo libre y espontáneo de su personalidad, este no puede llevarse a unos límites que pongan en peligro su propia existencia. Por lo que, la presencia con carácter general de los representantes legales en todos los actos de la vida del menor, garantiza el cumplimiento del mandato en virtud del cual aquel debe ser objeto de protección. Esto no se encuentra reñido con el hecho de que se le reconozca una mayor capacidad para decidir, sobre todo, en cuestiones referentes a los derechos de la personalidad⁶.

Se trata de compatibilizar el reconocimiento al menor de una capacidad de obrar progresiva, con la necesaria intervención de sus representantes, siempre en beneficio e interés del mismo⁷. Esto se pone de manifiesto en la distinción

“el criterio que debe presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (...). El interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan en cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada”.

⁶ Cuestión que, como es sabido, no resulta pacífica, *Vid.* entre otros, SANTOS MORÓN, M^a. José, “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 15, 2011, pp. 63-93; GARCÍA GARNICA, M^a. del Carmen, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 97.

⁷ JORDANO FRAGA, FRANCISCO, “La capacidad general del menor”, RDP, 1984, p. 884.

⁴ Teniendo siempre presente que, como manifestó, RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 120, no hay “minoría de edad”, sino “minorías”, en la medida en que en dicho concepto 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.

⁵ Así es considerado en el art. 2.1 y 4 LOPJM e Instrucción DGRN 23 octubre de 2018. Sin embargo, para GARCÍA RUBIO, M^a. PAZ, ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto, 2020, p. 27, en Derecho español el interés del menor no es, de modo genérico y abstracto, ni superior, ni prevalente, ni prioritario, ni exclusivo, como reconoce igualmente la Observación General nº 14 de 2013. Sin embargo, en STC 1 de febrero de 2016 (RTC 2016/16), se establece que

de plena capacidad para llevar a cabo el ejercicio de los derechos de la personalidad sin excluir, pese al tenor literal del art. 162.2.1º C.c., la intervención de sus representantes legales, tal y como se establece en el art. 162.2.1º, párrafo 2º, cuando determina que, “los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”. Bien es cierto que, más de una vez, la intervención de los representantes se limita a la facultad de ser informado, dependiendo siempre del grado de discernimiento del menor, así como del derecho de cuyo ejercicio se trate, ya que de lo contrario se produce una vulneración de los principios del art. 10.1 CE⁸.

Se observa, como el art. 162.2.1º, párrafo 2º, da entrada a los responsables parentales en los actos relativos a los derechos de la personalidad, en virtud de sus “deberes de cuidado y asistencia”. Con ello, se ha permitido su presencia, a diferencia de lo que ocurría en la anterior redacción del precepto. La causa debe buscarse en los problemas que el ejercicio de tales derechos ha planteado (sobre todo, en temas relacionados con la salud del menor en relación a las intervenciones médicas)⁹, y en el imposible cumplimiento del deber de “velar por los hijos” derivado del art. 154 C.c.¹⁰. El

enigma se traslada ahora a la determinación del alcance del “deber de cuidado y asistencia”, en concreto en el ámbito de la salud.

Este acceso de los responsables parentales no debe ser entendido como una limitación u obstáculo en la “carrera” por la consecución de la autonomía del menor, iniciada hace unos años, y que legislativamente se ha ido consolidando, sino como una manifestación del cumplimiento del deber de “velar” por ellos (art. 154 C.c.) y prestarles “cuidado y asistencia” (art. 162.2.1º, párrafo 2º). El velar por los hijos no tiene que implicar una injerencia en la vida privada (art. 8 CEDH), ya que los progenitores, salvo en raras excepciones que provocará la intervención pública, siempre desean lo mejor para sus hijos. En consecuencia, los padres actuarán “no sustituyendo su voluntad, sino asistiéndoles y ayudándoles a decidir en los momentos y ante las situaciones difíciles de la vida”¹¹.

La exaltación de la individualidad del niño choca con los preceptos del Código Civil dedicados al ejercicio de la patria potestad y la tutela en beneficio del menor, presididos por un actitud marcadamente paternalista¹². Sin embargo, el reconocimiento al menor de plena capacidad para poder concluir por sí mismo, sin necesidad de recurrir a la representación legal “los actos relativos a los derechos de la personalidad”, deja en sus manos el derecho a decidir muchos asuntos relacionados con su persona. No obstante, el conflicto entre ambas posturas debe

⁸ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Picazo*, Cabanillas Sánchez, Antonio/Caffarena Laporta, Jorge/Miquel González, José M^a./Montés Penadés, Vicente L./Morales Moreno, Antonio M./Pantaleón Prieto, Fernando (Coords.), Tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 954.

⁹ Arts. 24.1 y 24.2, f) de la Convención sobre los Derechos del Niño 1989, ratificada por España en 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre).

¹⁰ *Vid.* GARCÍA ALGUACIL, M^a. José, “Injerencia en el ámbito de los derechos de la personalidad del menor tras las leyes del 2015: ¿autonomía o intervención?,

El nuevo Régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015, Mayor del Hoyo, M^a. Victoria (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 548.

¹¹ GARCÍA ALGUACIL, M^a. José, *ídem*, p. 553.

¹² GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, “Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”, *La Ley*, 1996, p. 1690.

resolverse atendiendo a los intereses del menor, cuya violación o frustración producen con frecuencia más problemas sociales, los cuales se concretan no sólo en los relativos a la personalidad, sino también en aquellos otros que indirectamente pueden repercutir en esta¹³. No se puede olvidar que, atendiendo al contenido del art. 2.1 LOPJM 1996 (redactado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁴, en adelante, Ley 8/2015), las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

Resulta evidente que las distintas reformas legales que se han producido en el ámbito de la persona y de la familia han supuesto un progresivo reconocimiento de la autonomía del menor¹⁵, lo que supone una exaltación de la capacidad natural en virtud de la cual puede autogobernar su persona de forma eficaz. En la medida en que la capacidad natural se desvincula del criterio biológico de la edad, la función de los padres o tutores, como representantes legales durante la minoría de edad, se va centrando de forma gradual en el deber de velar por ellos, alejándose de las funciones puramente representativas. En concreto, en

el ámbito de la salud, por lo que a la responsabilidad parental se refiere, los progenitores deben velar por la salud de los hijos y asumir los gastos generados como consecuencia de esto. Asimismo, en el deber de educación que incluye, se encuentra el enseñar a los menores a cuidar de su propia salud y bienestar.

La responsabilidad parental ejercida en interés de los hijos coexiste con el deber de respeto, por parte de los progenitores, de aquellos ámbitos en los que debe ser tenida en cuenta la madurez y opinión del menor. El instituto de la responsabilidad parental no siempre impide la actuación personal y libre del menor no emancipado cuando se trata de su propia salud. Desde mi punto de vista, el poder de decisión atribuido a los progenitores en los actos médicos que afectan al hijo, no se configura como un poder representativo *strictu sensu*, sino como una manifestación del deber de velar por la salud de sus hijos.

En cualquier caso, como se ha puesto ya de manifiesto, no se puede perder de vista la preponderancia del interés del menor en el ejercicio de la responsabilidad parental, lo que tendrá impacto en su régimen. A pesar de estar incluida en la esfera jurídica de los progenitores como situación activa completa, no puede ser ejercida como sus titulares consideren, ya que su no ejercicio o un ejercicio en contra del interés del menor, es inadmisibles y sancionable civil y penalmente¹⁶.

No podemos nunca olvidar que, el reconocimiento de la familia y, en concreto, de los progenitores para que desarrollen una protección integral del menor, de carácter insustituible, lleva a concederles

¹³ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO, Notas para la construcción jurídica de los llamados “derechos de la personalidad”, *Libro Homenaje a Beltrán de Heredia y Castaño*, Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, Salamanca, 1984, p. 102.

¹⁴ BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

¹⁵ PARRA LUCÁN, M^a. Ángeles, “Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia”, *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Prats Albentosa, Lorenzo (Coord.), Tomo I, Wolter Kluwers/Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, p. 97.

¹⁶ Sobre el particular, *Vid.* DUARTE PINHEIRO, Jorge, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais...*, cit., p. 29.

una amplia autonomía, la cual no puede ser entendida como ilimitada, ya que la misma debe ceder cuando se oponga al interés del menor.

II. ¿QUIÉN ES EL LLAMADO MENOR MADURO? ¿ES EN LA ACTUALIDAD UN CONCEPTO INDETERMINADO?

Como es sabido, la capacidad de obrar es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos¹⁷, dependiendo en gran medida y desde un punto de vista práctico de la capacidad natural de la persona, por lo que es susceptible de graduación, no siendo igual en todas las personas¹⁸.

Hemos sido, somos y seguiremos siendo espectadores, del progresivo reconocimiento de capacidad de obrar al menor de edad, pues son cada vez más los actos para cuya realización se le exige, exclusivamente, capacidad natural, capacidad de querer y entender (art. 1.263 C.c. conforme a la nueva redacción otorgada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en adelante, Ley 8/2021).

El menor posee capacidad natural cuando demuestra tener la suficiente aptitud psíquica, para la prestación válida del consentimiento necesario en el ejercicio del derecho, así como de las consecuencias que para el desarrollo de su libertad futura tiene la disposición de ese derecho. Por lo tanto, el menor debe tener

voluntad para emitir el consentimiento y conocimiento de los efectos jurídicos derivados del mismo.

La mayor o menor capacidad natural del menor va a depender de su grado de desarrollo volitivo y cognoscitivo, sobre el cual inciden de forma directa una serie de factores que, igualmente, ayudan a configurar los elementos propios de esta capacidad. A pesar de la posible consideración del menor como un ser aún “no terminado”, hay que tener en cuenta, en el proceso de evaluación de su grado de capacidad, cuáles son los conocimientos que tiene en el momento presente, qué puntos de vista tiene, así como sus interpretaciones en torno a ciertas realidades, resultando muy difícil el establecimiento de un posible criterio de edad general¹⁹. La capacidad de obrar del menor se va forjando de forma sucesiva, pues las “calidades” del hombre que constituyen el fundamento natural de su capacidad de obrar, no surgen precisamente con el nacimiento²⁰.

El menor como persona es un individuo de la especie humana resultado, sobre todo, de la incidencia de tres factores determinantes en su desarrollo, tales son:

1º. La información genética recibida de sus progenitores, que dota al sujeto de identidad biológica y no siempre presente

¹⁹ Como apuntara acertadamente SANTOS MORÓN, M^a. José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre, Madrid, 2000, p. 47, la capacidad de discernimiento es un concepto de naturaleza relativa, en la medida en que un sujeto puede tener capacidad de discernimiento para realizar unos actos y no para otros, pues la capacidad necesaria está condicionada por la naturaleza y consecuencias del acto de cuyo ejercicio se trata.

²⁰ VON THUR, Andreas, *Derecho Civil. Teoría general del Derecho civil alemán. Las personas*, Traducción directa del alemán por Tito Ravá, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 403.

¹⁷ DÍEZ-PICAZO, LUIS/GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, T.I, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 278 y 279.

¹⁸ *Vid.* Auto Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela, de 20 de enero de 2021 (JUR 2021/19870).

en los menores, dadas las numerosas formas que en la actualidad existen para tener descendencia, generando el parentesco biológico o jurídico, según el caso.

2º. El entorno social, constituido fundamentalmente por la situación de la familia, sede natural de protección y facilitadora del desarrollo del menor, aunque no siempre es así. Colaboran también los centros en los que se forma y educa, así como el círculo de amigos, el cual adquiere un importante papel en la fase de adolescencia. Es una realidad que un niño se desarrolla mejor, cuando tiene plena confianza en los adultos que son responsables de él en todos los ámbitos en los que vive, familiar, educativo y social, caminando hacia su plena independencia que, normalmente, alcanza en la edad adulta, en la que ya él aparece como plenamente responsable de sus propios actos.

3º. La libertad, la cual debe ser entendida como el margen de actuación que se concede al menor para ser él mismo y poder ser dueño y titular de sus propias decisiones²¹.

Por esta razón, no puede perderse nunca vista que el menor es un sujeto en constante proceso de cambio y evolución física y psíquica, es una persona en formación, por lo que las personas que constituyen su entorno permanente durante esta fase, son protagonistas activos en el progresivo proceso de configuración de su capacidad ya que, en numerosas ocasiones, la capacidad de querer y entender depende de forma estrecha de la relación que existe entre el menor y las personas que habitualmente lo rodean. Se trata

de fomentar el desarrollo de su capacidad de autonomía, adquiriendo de forma paulatina una mayor responsabilidad en todos los ámbitos de su vida, siendo esta, la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección del menor.

Pero, en la práctica, se es concededora de los problemas que plantea la determinación de la capacidad natural del menor. Para la fijación del suficiente juicio o no de un menor para emitir un consentimiento válido y consciente de las consecuencias del acto para el cual lo presta, son fundamentalmente seguidos los siguientes criterios:

- a. Criterio exclusivamente biológico, en el que la capacidad natural se vincula a que el menor alcance una edad concreta, presumiéndose que, por debajo de esta, no existe.
- b. Criterio del discernimiento, en el que lo relevante para poseer capacidad natural es tener la suficiente aptitud psíquica para llegar a comprender la naturaleza del acto que se pretende ejecutar, así como las posibles consecuencias del mismo.
- c. Criterio mixto, producto, como ya se defendió en otro lugar²², de la combinación de los dos anteriores. Se trata de un sistema en el que, partiendo del criterio del discernimiento se establecen, para determinados actos de gran trascendencia, límites biológicos, es decir, solamente se reconoce capacidad natural a partir de cierta edad, la cual puede variar en función de la naturaleza de los actos.

En cualquier caso, desde mi punto de vista, el establecimiento de mínimos de edad excluye la posibilidad de valorar la

²¹ TIERNO JIMÉNEZ, Bernabé, El niño: un modo peculiar de ser persona, *El menor en la legislación actual*, Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, 1998, p. 13.

²² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, Capacidad natural e interés del menor maduro..., cit., p. 958.

capacidad efectiva de discernimiento del sujeto. Aunque, también, parece legítimo pensar y, por ello, llegar a defender que, el acudir a criterios subjetivos de valoración sobre la capacidad del menor puede poner en peligro la seguridad jurídica, pero, a pesar de todo, estimo que responden de forma más absoluta al interés real del menor²³. De tal forma que, aunque las exigencias derivadas de la seguridad jurídica puedan aconsejar la adopción de criterios legales de minoría de edad, en el caso concreto del ejercicio de los derechos de la personalidad, es idóneo acudir al criterio de la capacidad natural de discernir para determinar cuándo en realidad se puede afirmar que el menor es capaz para consentir, como finalmente ha recogido el art. 162.2.1º C.c.

La situación cambia cuando nos encontramos ante el menor emancipado, el cual puede regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, salvo las restricciones a su capacidad previstas en el Código Civil o en las Leyes Especiales. Por ello, al menor emancipado, salvo prueba en contrario, se le presume plena capacidad para consentir en actos referentes a los derechos de la personalidad. No obstante, no se puede olvidar que cabe la posibilidad de que nos encontremos ante un menor emancipado que no reúna las condiciones de madurez suficientes para emitir un consentimiento válido, no siendo asimismo consciente de

las consecuencias del acto para el cual lo presta.

El reconocimiento al menor de edad de capacidad para llevar a cabo el ejercicio de sus derechos fundamentales debe estar presidido, en consecuencia, por los siguientes principios:

1º. Determinación de la capacidad natural del menor, sin atender a su edad, sino a su capacidad para discernir.

2º. Fijación del interés del menor en el caso concreto, en función de la naturaleza del derecho que se ejercita.

3º. Estudio de la capacidad del menor para advertir las consecuencias de la decisión que adopta, es decir, los efectos del acto que consiente.

4º. Evaluación de las consecuencias reales del consentimiento prestado en el desarrollo de su vida futura, pudiendo afectar, en su caso, al libre desarrollo de su personalidad.

III. LA ENTRADA EN ESCENA DEL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO POR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Los derechos de los pacientes han experimentado un cambio importante, jugando el reconocimiento de los derechos fundamentales un papel trascendental²⁴. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948²⁵, en la que se produce un reconocimiento global de los derechos inherentes al individuo, ha permitido la

²³ El interés del menor como “objetivo constitucionalmente legítimo” ha sido puesto de manifiesto por el TC, en concreto, en la STC 18 de julio de 2019 (RTC 2019/99), en la cual se ha estimado que “el interés superior del menor (...) es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales”. *Vid.* también, al respecto, SSTC 9 de mayo de 2019 (RTC 2019/64) y 14 de diciembre de 2020 (JUR 2021/7018).

²⁴ En particular, en lo que a los menores se refiere, la STC 18 de julio de 2019 (RTC 2019/99), “defiende que la limitación del ejercicio de derechos fundamentales a los menores de edad sólo puede tener dos limitaciones fundamentales: la falta de madurez de la persona y la necesidad de proteger a este colectivo”.

²⁵ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

consolidación de los derechos de la persona y, en concreto, de los pacientes. El modelo de relación médico/paciente ha evolucionado de uno basado en el paternalismo médico, hacia otro centrado en el respeto a la autonomía individual²⁶, lo que ha derivado en un régimen de corresponsabilidad entre el profesional de la salud y el paciente o “usuario” de este servicio.

En la actuación médica cabe decir que existe un antes y un después de la Ley 41/2002, de 14 de diciembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LBAP)²⁷, en la cual se regula, como es sabido, el derecho a la información clínica (arts. 2, 3, 4, 5, 6, 10, 12 y 13), el derecho al consentimiento informado (arts. 2, 3 y 8 y ss.), el derecho a rechazar los tratamientos (art. 2.4), los límites del consentimiento y el consentimiento por representante legal (art. 9), así como las instrucciones previas (art. 11). La obligación de respetar la voluntad de una persona autónoma, que después de recibir

una información adecuada, tiene derecho a decidir si acepta o no la intervención y asistencia médica, aun sabiendo que puede implicar un peligro real para su propia vida, es la base sobre la que se sustenta esta normativa, constituyendo el fundamento ético-jurídico de esa nueva forma de entender la actuación médica²⁸.

El médico está obligado a respetar la voluntad del paciente que es investido con poder para decidir sobre los cuidados de su salud. La prevalencia de la autonomía permite que el paciente viva de acuerdo con su modo de pensar, poniendo fin a una larga tradición de relación asimétrica entre el facultativo y el paciente.

La relevancia del consentimiento informado radica pues, en el respeto al poder de autodeterminación de la persona, en este caso, del paciente en el proceso de toma de decisiones en torno a su salud²⁹.

²⁶ *Id.* SEOANE, José Antonio, “La relación clínica en el siglo XXI: cuestiones médicas. Éticas y jurídicas”, *DS: Derecho y Salud*, Vol. 16, núm. 1, enero-junio, 2008, pp. 1-28; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “La capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico: problemas de autonomía e intimidad”, *Rev. Esp. Endocrinol Pediatr*, Vol. 7, 2016, p. 6, admite que hemos pasado de una relación tradicionalmente basada en el paternalismo médico, a una relación basada cuasi-absolutamente en la autonomía del paciente.

²⁷ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002, última actualización publicada el 6 de diciembre de 2018. No obstante, el menor ya había empezado a cobrar protagonismo en la relación médico-paciente en dos normas ya derogadas, el art. 10.6 de la Ley 14/1986, General de Sanidad y el art. 12.5 del Real-Decreto 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos con medicamentos o productos en fase de investigación clínica.

²⁸ El principio de autonomía del paciente está garantizado en el art. 5 del 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 relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina), hecho en Oviedo, 4 de abril de 1997, (Instrumento de Ratificación BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999), en el que se establece que “una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

²⁹ La CE no contempla un derecho a la autonomía, ni hace referencia al consentimiento informado, a lo que sí alude el TC como contenido esencial del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). En concreto, la STC 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37), establece que el 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”. El TEDH se ha ocupado de esta cuestión en relación con el concepto de vida privada (art. 8.1 CEDH). En concreto, en SSTDH

Sin embargo, existen casos en la práctica en los que su ejercicio no es producto de la autonomía personal del sujeto. En concreto, cuando se trataba de un paciente menor de edad, hasta hace relativamente poco tiempo, se establecía la obligación del médico de solicitar a los padres o al tutor legal el consentimiento para que el mismo pudiera recibir asistencia médica. La autonomía del menor no jugaba en el ámbito sanitario, no podía intervenir en estas decisiones. La LBAP implica que este planteamiento resulte inadmisibles y ha permitido, como en otros escenarios, el reconocimiento de autonomía al menor conforme va creciendo y adquiriendo nuevas capacidades. Esto no deja de ser una manifestación más de la nueva concepción de los menores de edad como sujetos activos de derechos. El menor tiene derecho a emitir el consentimiento informado, el cual está condicionado, como luego podremos comprobar, por su capacidad natural. Igualmente, puede emitir este consentimiento, conforme a lo establecido en la norma, cuando tiene una determinada edad o situación.

Pero ¿qué es el consentimiento informado?³⁰. Antes de continuar es preciso aclarar que no se pretende llevar a cabo un análisis sobre el particular, labor ya realizada, sino solamente trazar unas lí-

neas generales, sobre las que fundamentar el estudio posterior, referido al menor de edad. Asimismo, hay que aclarar que, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950, ha sido la base jurídica que ha permitido asegurar el derecho al consentimiento informado a través de las garantías de la integridad física y del respeto de la vida privada. El consentimiento informado es una manifestación de voluntad realizada de forma consciente y libre por parte de un paciente, en la que expone su conformidad con un tratamiento o prueba diagnóstica que propone el facultativo que le atiende. No obstante, para emitir ese consentimiento que se dice es “informado”, debe existir una “información previa adecuada”, clara, comprensible, sin excesivos tecnicismos y, sobre todo, adaptada al perfil y necesidades del enfermo³¹. La información debe ajustarse, por lo tanto, a las características del paciente³².

³¹ Vid. al respecto, entre otras, SSTS 21 de enero de 2009 (RJ 2009/1481); 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7135); 1 de junio de 2011 (Roj: STS 3146/2011); 27 de diciembre de 2011 (Roj: STS 8835/2011); 16 de enero de 2012 (Roj: STS 279/2012); 11 de abril de 2013 (Roj: STS 2069/2013); 23 de octubre de 2015 (Roj: STS 4289/2015) y 12 de abril de 2018 (RJ 2016/1334). Como se establece en la Circular de la Fiscalía General de Estado de 3 de octubre de 2012 (JUR 2012/332864), “Conflictos ante intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave”, “la generalización de la exigencia de que cualquier tratamiento o intervención médica cuente con una información previa y comprensible de su naturaleza, sus riesgos y sus beneficios y la atribución de la capacidad de decisión última sobre su realización al enfermo, constituye una manifestación del principio de autonomía”.

³² DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, <https://www--tirantonline--com.uma.debiblio.com>, TOL889.149, estima que el derecho a la información, aunque sea en términos muy simples, empieza desde una edad muy temprana y mucho antes de que el menor tenga capacidad natural para consentir pues simplemente

29 de abril de 2002, caso Pretty contra Reino Unido (TEDH 2002/23); 9 de marzo de 2004, caso Glass contra Reino Unido (TEDH 2004/22); 5 de junio de 2015, caso Lambert y otros contra Francia (TEDH 2015/73). Por su parte, el TS en Sentencia 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3), lo califica “como derecho humano fundamental”.

³⁰ NEGRI, Stefania, “El consentimiento informado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, JULGAR, Núm. Especial, 2014, p. 96, lo considera un principio fundamental que combina bioética, deontología y derecho en el ejercicio de la profesión médica y de la investigación científica.

Esta obligación de suministrar información es asumida por parte del médico que atiende o es responsable del paciente³³. Por esta razón, la información

será preciso que el menor sea capaz de comprender la información que se le dé, no que tenga madurez para decidir en relación con ella. Lo cual puede, en su opinión, contribuir a mejorar los resultados médicos, pues cabe pensar que en determinados casos el menor deberá someterse a tratamientos agresivos, en un espacio que no le resulta familiar y en el que no siempre podrán estar presentes sus padres o tutor por lo que la información resultará primordial para que el menor se sienta tranquilo y sea receptivo, en su caso, al tratamiento oportuno. Por lo que defiende el suministro de una “información personalizada”. Por su parte, DUARTE PINHEIRO, Jorge, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais...*, cit., p. 51, considera que se requiere preparación específica del profesional de la salud para dialogar e informar al menor.

³³ El tratamiento independiente de la información y el consentimiento se unifican en el ámbito de la salud, aunque son derechos diferentes, en la relación clínica se encuentran vinculados. En este sentido, se ha manifestado el TC en Sentencia 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37), en la cual ha reconocido que “el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación”. Para PARRA SEPÚLVEDA, Darío/RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, “El consentimiento informado de las personas menores de edad en el ámbito de la salud”, *Revista Ius et Praxis*, Año 25, núm. 3, 2019, p. 228, este deber de información del paciente se erige como una de las responsabilidades asumidas por los médicos y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y un elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo cualquier actividad facultativa. Continúan estos autores, admitiendo que, el deber de informar se configura como parte integrante de la actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el equipo médico, considerando, además, que la información que ha de proporcionar el facultativo no se agota en un único acto, sino que es un deber de tracto continuado. En este sentido, SSTs 21 de diciembre de 2005 (RJ 2005/1002) y 27 de diciembre de 2011 (Roj: STS 8835/2011).

debe ser analizada desde una doble perspectiva, como un deber para el profesional de la salud y como un derecho para el paciente³⁴. Sin embargo, en la relación que nace entre profesional de la salud y paciente, este último también tiene el deber de informar sobre su estado de salud y las circunstancias que rodean al mismo.

El titular del derecho de información cuando de menores se trata es él mismo³⁵, siendo ampliado a quien ejerce la representación legal del niño (art. 9.3 LBAP). Aún así, esta cuestión presenta una doble visión, según se trate de intervenciones que implican o no un “grave riesgo para la salud”. En concreto, cuando no exista un peligro grave para la salud del menor, los representantes legales deben ser informados, cuando el menor manifiesta su consentimiento expreso o tácito sobre el particular. Mientras que, si existe un peligro grave para la salud del menor, cabe considerar que sí existe un deber de informar a sus representantes legales, incluso en contra de la voluntad del menor, pues debe ser sacrificado el derecho de intimidad en favor de la protección de su salud³⁶. Se observa que, capacidad natu-

³⁴ En concreto, el facultativo no puede amparar su actuación en el correcto ejercicio de la *lex artis*, en el caso de infringir los deberes de informar al paciente y obtener el consecuente consentimiento informado. *Vid.* GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2016, pp. 621 y ss.

³⁵ A pesar del silencio normativo existente al respecto, por parte de la LBAP (art. 5). Sobre el particular, CADENAS OSUNA, Davinia, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, p. 124.

³⁶ Cfr. al respecto, PARRA SEPÚLVEDA, Darío/RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, “El consentimiento informado...”, cit., p. 230, DE LAMA AYMA, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad...*, cit., <https://www--tirantonline--com.uma.debiblio.com>, TOL889.149.

ral y recepción de la información, van íntimamente unidas, pero esto no excluye a los representantes legales cuando se ponen en peligro la vida y la salud del menor.

Este consentimiento normalmente se emite de palabra, aunque requiere la forma escrita³⁷ en intervenciones quirúrgicas y otros procedimientos de riesgo. Esta misma forma se exige para el consentimiento en ensayos clínicos, extracción y trasplante de órganos, procedimientos de esterilización, técnicas de reproducción asistida y donación y utilización de embriones y fetos humanos. En cualquier caso, la información de la que es objeto el paciente debe ser continuada³⁸, quedando abierta siempre la posibilidad de revocar el consentimiento inicialmente emitido.

Por consiguiente, la capacidad reconocida al menor para actuar en el ámbito sanitario, como consecuencia del cambio en el modelo de relación clínica mantenida entre el médico y el paciente, en la

que prevalece el principio de autonomía de la voluntad, ejercitado mediante el consentimiento informado de este último, se erige en el eje que guía la nueva normativa en esta materia. En esto también influye la evolución experimentada por el modelo tradicional de familia, el cual ha experimentado una importante transformación en la configuración de las relaciones paterno filiales y la aparición de nuevos modelos de familia, lo que va a influir en la obtención del consentimiento informado por parte de los sujetos menores de edad³⁹.

De cualquier modo, el consentimiento informado se ha instituido como la pieza básica de la relación que nace entre médico y paciente, con independencia de su edad, habiéndose transformado, además, en uno de los elementos fundamentales a la hora de precisar la existencia de responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario. Igualmente, se ha configurado en la actualidad, como un componente esencial de los denominados “deberes propios de la profesión sanitaria”, cuya infracción implica que el actuar del agente dañoso sea calificado de negligente, y más aún, en algunos casos, dicha infracción podría incluso configurar una especie de “perjuicio autónomo”, como lo sería una variedad de daño extra-patrimonial por infracción a la autodeterminación del paciente⁴⁰.

³⁷ Vid. SSTS 29 de septiembre de 2005 (RJ 2005/721); 10 de febrero de 2004 (RJ 2004/44) y 21 de enero de 2009 (RJ 2009/1481), en las que se establece que la exigencia de la forma escrita de la información tiene un valor *ad probationem* y por ello, la información al paciente puede ofrecerse, con carácter general, de forma verbal, no obstante, se llevará a cabo de la forma que corresponde en atención a las circunstancias del caso y de forma personal.

³⁸ Para DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica: comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª edic., Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 228, aunque la Ley 41/2002, no utiliza el calificativo “continuada”, al cual se refería el derogado art. 10.5 de la LGS, la reiteración del calificativo “adecuada” que, referido a la información, se utiliza en los arts. 2, 4, 5 y 6, significa que la información tiene que ser continuada, sin que pueda considerarse, dependiendo de los casos, que se ha cumplido con el deber de informar en una primera consulta que requiere tratamiento continuado en el tiempo.

³⁹ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, FRANCISCO JAVIER/GARCÍA CALVO, TERESA/PÉREZ CARCELES, M^a. DOLORES/OSUNA, EDUARDO, “El menor de edad en el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario”, DS: Derecho y Salud, Vol. 26, Núm. Extra 1, 2016 (Ejemplar dedicado a: XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho), pp. 229-236.

⁴⁰ En este sentido se manifiestan, PARRA SEPÚLVEDA, DARÍO/RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC, “El consentimiento informado...”, cit., p. 220, atendiendo a

IV. LOS INTERESES EN CONFLICTO EN LA RELACIÓN PACIENTE MENOR/MÉDICO: EL INTERÉS DEL MENOR COMO ELEMENTO DE DECISIÓN

La prestación del consentimiento informado necesario, en virtud del cual se produce o no la intervención médica provoca, fundamentalmente, la participación de tres personas:

- a. El paciente, en este caso, menor de edad, quien puede llevar a cabo el ejercicio de su autonomía para aceptar o rechazar las intervenciones que se le ofrecen, una vez que por parte del facultativo le ha sido proporcionada la información necesaria de forma adecuada a su edad. En esta situación se encontrará aquel menor que tenga capacidad para comprender y evaluar las consecuencias de un asunto concreto, lo que será determinado por el médico responsable de la asistencia, como a continuación será posible precisar. Sin embargo, hay que tener presente que no todo menor está en condiciones de, en base a esa información previa, adoptar una decisión.
- b. Los progenitores, los cuales ostentan la representación del menor en determinados supuestos de intervención médica, cuestión sobre la que se volverá con posterioridad.
- c. El facultativo o equipo médico responsable, por un lado, de la intervención médica; y, por otro lado, encargado de evaluar la capacidad del menor y, en su caso, tomar la decisión en los supuestos que luego analizaremos.

lo establecido en la STS 13 de mayo de 2011 (RJ 2011/3279).

Esta relación triangular que surge cuando el destinatario de la intervención médica es un menor de edad, aunque no en todos los supuestos, deriva en un conflicto de intereses cuya titularidad corresponde a cada uno de los sujetos intervinientes. Por un lado, se encuentra el derecho a la salud y a la intimidad del menor, ahora paciente; por otro lado, está la potestad de los padres o, en su caso, tutores, de velar por el bienestar físico y moral del menor; y, por último, la responsabilidad del médico de proceder a la salvaguarda de la salud del menor⁴¹.

A pesar de esto, hay que tener presente el papel que el interés del menor⁴² juega en la gestión de este conflicto, en el que cabe diferenciar dos fases de intervención. La primera centrada en la información, entorno a cuál es el mejor tratamiento para el menor en ese caso concreto⁴³; y, la segunda, circunscrita a la valoración de la decisión adoptada bien, por el menor, cuando así sea posible; o bien, por sus progenitores o representantes legales, cuando el menor no pueda emitir el consentimiento. Por ello, la delimitación del

⁴¹ En este sentido, ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, "Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm.10 bis, junio, 2019, p. 521.

⁴² Para GARCÍA RUBIO, M^a. PAZ, "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?...?", cit., p. 26, atendiendo a los planteamientos de EEKELAAR, es posible distinguir entre que la decisión que haya de ser adoptada afecte directamente al niño o niña o lo haga de manera indirecta, encontrándose en el primer grupo los casos relativos a la salud del niño. Sin embargo, estima que, en muchas situaciones reales, no es fácil determinar si la decisión afecta directamente al niño o niña concernidos o si lo hace de manera indirecta.

⁴³ En opinión de GARCÍA RUBIO, M^a. PAZ, ídem, p. 33, en la correcta comprensión del significado del interés del menor es crucial la consideración especial del niño o niños afectados en el caso concreto, pues varía de niño a niño, es situacional y cambia con el paso del tiempo, incluso en relación con el mismo menor.

interés del menor en el ámbito de la salud cabe decir que juega con un “plus añadido”, dada la naturaleza del derecho que se ejercita y la trascendencia del mismo para la vida del menor, lo que conlleva un estudio aún más particularizado del caso⁴⁴.

En consecuencia y, atendiendo al interés del menor, determinado el ámbito de actuación, el sanitario, corresponde adoptar la decisión, previa información, al menor, siempre que posea la suficiente madurez para poder adoptarla por sí mismo, será él, el que delimite su propio interés, debiendo su voluntad ser respetada. En el supuesto de no tener la suficiente capacidad natural, serán los progenitores los responsables de velar e interpretar qué es lo mejor para el menor y, en su defecto, los tutores. Igualmente, y ante la imposibilidad de operatividad de los dos anteriores, con independencia de las circunstancias que puedan concurrir, deberán intervenir los poderes públicos. Esta intervención está justificada cuando el tratamiento médico es necesario para salvar la vida del menor; en cuyo caso las responsabilidades parentales adquieren un carácter relativo, prevaleciendo el bienestar del menor. La última intervención queda pues en manos de la autoridad judicial, la cual opera en caso de

conflicto, previa audiencia del menor en atención a la voluntad de la persona involucrada. La autoridad judicial interviene salvo que por razones de urgencia no sea posible recabar su autorización, en cuyo caso, los profesionales sanitarios deben adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente menor de edad.

Del mismo modo, en el análisis de este conflicto de intereses, hay que tener presente aspectos no estrictamente jurídicos, como son, entre otros muchos, el tipo de relación existente previamente entre padres e hijos y el grado de afectividad que se profesan, la situación económica de la familia, así como, el nivel cultural y de preparación de los progenitores.

V. EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA POR PARTE DEL LLAMADO “PACIENTE MENOR DE EDAD”

La autonomía privada es una cuestión de gran complejidad, pues es un concepto que incumbe a diversas ramas del derecho. En el ámbito objeto de estudio, no solamente afecta al derecho del menor a obtener información sobre el desarrollo de su proceso sanitario y, en base a ello, emitir un consentimiento informado, sino también a la posibilidad que tiene de manifestar anticipadamente su voluntad en torno a un factible tratamiento. Nuevamente, el centro es el poder de autodeterminación, lo que supone su reconocimiento al menor para decidir y elegir sobre cuestiones relacionadas con su salud. Esto se encuentra directamente relacionado con su capacidad natural, lo que implica diferenciar entre un menor con suficiente capacidad natural para actuar por sí mismo y un menor que no tiene la suficiente capacidad para actuar

⁴⁴ Aunque, como ha referido, OJEDA RIVERO, Rafael, “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, *InDret*, julio, 2015, p. 20, la vida no es lo único que posee el menor; su preservación no representa siempre, su mejor interés. Para determinar, continúa el autor, qué representa dicho interés es necesario tomar en consideración la perspectiva en primera persona que tiene el propio menor de su situación y las razones para actuar que surgen de ella. Por ese motivo, defiende que, cuando desde dicha perspectiva el menor ofrezca razones para rechazar el tratamiento objetivamente válidas, “nuestro deber será respetar su voluntad”. La opinión del menor no puede ser tachada de irrelevante por el hecho de que su vida esté en juego.

de forma autónoma, en cuyo caso deben emitir el consentimiento sus representantes legales.

El ejercicio por parte del menor de su autonomía en materia sanitaria implica tener en cuenta una serie de elementos, legislativamente establecidos y que delimitan el marco normativo en el que debe ejercitar su poder de autodeterminación. En concreto, el marco legal que fija este poder de actuación del menor, se encuentra dispersamente establecido en la LBAP⁴⁵, LOPJM 1996, debiéndose tener presente la modificación experimentada

⁴⁵ La LBAP en su redacción anterior contemplaba cuatro casos a los efectos de la prestación del consentimiento informado por parte del menor mediante la delimitación de edades: 1º. La norma reconocía, con carácter general que, a partir de los 16 años de edad, el menor tenía capacidad legal para adoptar decisiones por sí mismo. En esta misma situación se encontraba el menor emancipado. En ambos supuestos no se admitía la posibilidad de la prestación del consentimiento por representación, salvo que la actuación sanitaria fuese estimada como de grave riesgo para el menor, debiendo el facultativo informar a los padres y su opinión era tenida en cuenta para la toma de la decisión; 2º. Cuando se trataba de un menor entre doce y dieciséis años, con capacidad emocional e intelectual, este emitía el consentimiento de forma autónoma sin intervención de sus representantes legales. La referida capacidad debía ser evaluada por el facultativo atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso; 3º. Cuando se trataba de un menor entre doce y dieciséis años, sin capacidad intelectual ni emocional para poder comprender el alcance de la intervención sanitaria concreta, el consentimiento informado debía ser emitido por los representantes del menor, una vez escuchada la opinión del menor y atendiendo a su interés (art. 9.1 LOPJM); y, 4º. Cuando el menor tenía menos de doce años, el consentimiento informado debía ser emitido por sus representantes legales y siempre en interés del mismo. Se observa pues, como la norma combina dos criterios, la madurez del menor y la edad. Sobre el recorrido de este texto legal, *Vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2018, p. 7, y ANDREU MARTÍNEZ, M^a. Belén, *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica*,

en esta materia por la Ley 8/2015 y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, Ley 26/2015)⁴⁶, y la normativa autonómica existente sobre el particular⁴⁷.

El punto de partida en esta materia es necesario buscarlo en la LBAP, en cuyo art. 2.2. se establece que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”, lo que presupone que el paciente tiene capacidad de obrar suficiente para poder decidir por sí mismo. Igualmente, es elemental tener presente que entendemos por consentimiento, en este caso informado, el cual, como establece el art. 3 LBAP, supone “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”⁴⁸.

Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 18 y ss.

⁴⁶ BOE, núm. 180, de 29 de julio de 2015.

⁴⁷ La regulación del consentimiento informado se ha producido tanto a nivel estatal, como autonómico, aunque no cabe apreciar grandes contradicciones entre ambas normativas. *Vid.* al respecto, ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la Sanidad y la Biomedicina en España”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, julio, 2015, pp. 264-291; DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja, “El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, febrero, 2018, p. 215. Para BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”, *DS: Derecho y Salud*, Vol. 15, Núm. Extra 1, 2007 (Ejemplar dedicado al XV Congreso Derecho y Salud), pp. 11-12, la legislación autonómica de complementación o desarrollo de la básica estatal, salvo muy concretas excepciones, nada ha aportado que mejore la deficiente legislación básica estatal.

⁴⁸ La ya citada STC 28 de marzo de 2011 (RTC/2011/37), establece “que este derecho funda-

El tema central es determinar cuándo el menor tiene plena capacidad para emitir ese consentimiento informado y no necesita representación, es decir, cuándo la autonomía del menor es plena frente a la autoridad parental. Recordemos que la capacidad de obrar plena no se reconoce hasta los 18 años (arts. 12 CE y 315 C.c.), lo que coincide con el abandono de la minoría de edad. Esto implica el tratamiento del problema de la capacidad del menor durante la minoría de edad y, en consecuencia, centrarnos en la capacidad natural del mismo, pues como menor tiene su capacidad de obrar limitada, lo que supone el reconocimiento progresivo de capacidad atendiendo, más que a la edad biológica, criterio que siempre es tenido en cuenta, a su madurez, es decir, su conciencia en torno a la trascendencia del acto para el cual emite su consentimiento⁴⁹.

mental 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)". En relación a esto último, como bien refiere JORQUI AZOFRA, María, "Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad en el marco de las decisiones sanitarias", *Revista de la Facultad de México*, Tomo LXVIII, núm. 272, septiembre-diciembre 2018, p. 463, <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-1.67621>, 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, como por ejemplo, cuando existe 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.

⁴⁹ Como es establecido en la Circular de la Fiscalía General de Estado de 3 de octubre de 2012 (JUR 2012/332864), sobre "Conflictos ante intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo

Hay que tener claro que la llamada "mayoría de edad sanitaria" se encuentra fijada en los 16 años. Sin embargo, entran en juego, a los efectos del ejercicio de la autonomía del menor en materia sanitaria, los arts. 154 y 162.2.1º, párrafo 2º C.c., al que ya se ha hecho referencia anteriormente, así como los arts. 9.3, 9.4, 9.6 y 7 LBAP. En particular, conforme a lo preceptuado en el art. 154 C.c. los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores, cuya responsabilidad parental será ejercida en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Asimismo, y conforme al art. 162.2.1º, párrafo 2º C.c. los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos no emancipados, salvo para los actos relativos a los derechos de la personalidad, los cuales, podrán ser ejercitados por los menores, de acuerdo con su madurez. No obstante, los "responsables parentales" deben intervenir en estos casos en virtud de sus "deberes de cuidado y asistencia". Quedan igualmente exceptuados los casos en los que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo (art. 162.2.2º C.c.), en cuyo caso se procederá al nombramiento de un defensor judicial (art. 163 C.c.), aunque

grave", la capacidad de comprensión necesaria para cada intervención médica varía de unos a otros sujetos y en función de la entidad y posibles consecuencias de cada actuación, para lo que propone ciertas pautas de decisión: 1ª. La capacidad del menor debe ser evaluada siempre a efectos de tomar debidamente en cuenta sus opiniones y de comunicarle la influencia que las mismas tengan en el proceso de decisión; 2ª. La edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica; y, 3ª. Debe atenderse a los efectos de la cuestión a decidir en la vida del menor.

se trata de una institución más pensada para las relaciones jurídicas y conflictos de intereses patrimoniales, que para las de tipo personal o familiar⁵⁰, lo que favorece que se apueste por la figura del Juez para su resolución⁵¹.

Por su parte, los arts. 9.3 y 9.4 LBAP determinan aquellos supuestos en que el consentimiento debe ser prestado por representación, y entre los cuales proceden, los que siguen:

1º. Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención⁵², en cuyo caso, será emitido por su representante legal, después de haber oído y escuchado su opinión, conforme a lo establecido en el art. 9 LOPJM 1996 (art. 9.3, c) LBAP).

2º. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años⁵³, no cabe prestar el consentimiento por representación (art. 9.4 LBAP), salvo que tengan la capacidad modificada judicialmente⁵⁴ y así conste en la sentencia (art. 9.3, b)

LBAP), o se trate de un paciente menor que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (art. 9.3, c) LBAP)⁵⁵. Pero, ante una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento debe prestarlo el representante legal, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor (art. 9.4, párrafo 2º LBAP)⁵⁶. Excepcionalidad que, a pesar de estar prevista en el art. 9.4 LBAP, en el párrafo referente a los menores emancipados o mayores de dieciséis años, debería ser exigida respecto de todos los menores de edad, dada la naturaleza de la intervención que se produce.

Sea como fuere, cuando el consentimiento sea prestado por el representante legal, la decisión debe adoptarse atendiendo al mayor beneficio para la vida o salud del paciente⁵⁷. Pero, cuando las decisiones sean contrarias a los referidos

⁵⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *El interés del menor...cit.*, p. 218.

⁵¹ Ante esta situación debe tenerse en cuenta la nueva redacción otorgada a la figura del «defensor judicial del menor», en los arts. 235 y 236 de la Ley 8/2021.

⁵² Se trata de los “menores no maduros”, como es referido en la Circular de la Fiscalía General de Estado de 3 de octubre de 2012 (JUR 2012/332864), sobre “Conflictos ante intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave”.

⁵³ El tratamiento unificado en la LBAP de los mayores de dieciséis años y menores emancipados, sometidos unos a un régimen de patria potestad o tutela, según el caso, y otros habilitados para regir su persona y bienes como si fuera mayor (art. 323 C.c.), aparta a los progenitores o tutores del ámbito sanitario de decisión del menor, pues de lo contrario parece que, en determinadas ocasiones, se viola la intimidad del mismo.

⁵⁴ Cabe entender que salvo que haya sido objeto de un proceso sobre provisión de medidas judiciales de apoyo, conforme a la nueva Ley 8/2021.

⁵⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica...*, cit., p. 287, estima que la capacidad del mayor de dieciséis años para decidir en este ámbito se presume con carácter “*iuris tantum*”.

⁵⁶ Sobre los destinatarios de la excepción, *Vid.* CADENAS OSUNA, Davinia, “El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el Common Law”, ADC, Tomo LXXI, 2018, Fascículo III, p. 816, quien considera un sinsentido su aplicación exclusivamente a los menores emancipados o con dieciséis años cumplidos.

⁵⁷ El art. 1.1º Ley 26/2015, modifica el art. 17 “actuaciones en situación de riesgo” de la LOPJM cuyo párrafo 10 queda redactado de la siguiente forma: “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”.

intereses, deben ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución pertinente⁵⁸. Si por razones de urgencia, esto no fuera posible, los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias para tal fin, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (art. 9.6 LBAP). Por último, la prestación del consentimiento por representación debe ser adecuada a las circunstancias del caso y proporcionada a las necesidades y siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario (art. 9.7 LBAP).

En consecuencia, cabe afirmar que, la representación del menor procede cuando se trate de un menor de 16 años que no sea capaz de tomar decisiones o no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de su intervención, es decir, carezca de capacidad natural. No obstante, si el menor tiene capacidad natural para decidir no necesita que el consentimiento sea emitido por su representante legal, pudiendo tomar decisiones de forma autónoma. Se

observa cómo las facultades de representación deben conjugarse con las facultades volitivas e intelectivas del menor en cada caso concreto.

De las disposiciones analizadas se deduce que, atendiendo a la capacidad natural de menor y a la edad del mismo, es posible:

1º. La emisión del consentimiento informado por representación, cuando el menor carece de capacidad natural, debiendo ser prestado en beneficio para la vida y la salud del paciente. Se trata del menor que no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, después de haber sido escuchada su opinión y en base a lo dispuesto en el art. 9 LOPJM 1996.

2º. La emisión del consentimiento informado por el menor emancipado y el mayor de 16⁵⁹, salvo en dos supuestos, considerados como excepcionales, que serán determinados a criterio del facultativo y en atención a las circunstancias concurrentes. Estos casos se producen cuando:

- a. El menor carece de la madurez suficiente para consentir el acto específico.
- b. Se trata de una actuación de grave riesgo para la vida y la salud del niño, una vez oído el menor y tenida en cuenta su opinión. Se reconoce entonces, una capacidad de obrar relativa, se transmite a los representantes legales la información nece-

⁵⁸ Se produce, como ha sido puesto de manifiesto por DE LA HORRA VERGARA, Natalia, "La incidencia de la Ley 26/2015 en la Ley 41/2002 sobre capacidad de los menores de edad en el ámbito sanitario", Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia, Vol. IV, enero-febrero, 2016, núm. 1, p. 42, una judicialización de la toma de decisiones en aquellos casos en que el representante legal no haya consentido en beneficio de la vida y la salud del menor, pese a que la decisión adoptada haga prevalecer la dignidad de la persona frente a la conservación de la vida a toda costa, incluyendo aquellos casos en que el conflicto surja entre el mantenimiento de una vida que no reúna unas condiciones de dignidad suficientes para ser vivida y el respeto a la dignidad de la persona.

⁵⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas...", cit., p. 10, considera poco acertado someter al mismo régimen a ambos menores, cuando en realidad uno está bajo un régimen de guarda y, otro, bajo un régimen de acompañamiento, por lo que entiende preferible tratar separadamente a ambos menores y sólo impedir, si acaso, el consentimiento al menor mayor de dieciséis.

saría sobre la intervención médica para que puedan opinar, pasando a ellos el derecho a tomar la decisión y emitir el consentimiento informado necesario.

3º. La emisión del consentimiento informado por el menor de edad de forma autónoma y, por lo tanto, sin representación, según el caso y sin límite de edad (entendemos que se refiere al menor de 16 años). Se trata del consentimiento que puede ser emitido por el llamado menor maduro⁶⁰. La madurez debe ser evaluada y si se confirma que tiene la suficiente para decidir por sí mismo el acto concreto, puede prestar el consentimiento de forma autónoma. Por el contrario, si se confirma que el menor no es maduro, el consentimiento informado debe ser emitido por sus representantes legales, siempre a favor de la vida y la salud de este.

Por último, cabe referir la autonomía de la que goza el menor para decidir en torno a varios tipos de intervenciones médicas específicas, previstas en la LBAP y objeto de regulación especial, tales son las que siguen:

1ª. La práctica de ensayos clínicos, para lo que se estará, según lo establecido en el art. 9.5 LBAP, a lo previsto con carácter general sobre la mayoría de edad, así como por las disposiciones especiales de aplicación. En concreto, atendiendo al 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 (en

adelante, RD 1090/2015)⁶¹, es necesario obtener y documentar el consentimiento informado del sujeto o sujetos objeto del ensayo, el cual debe ser expresado libremente, antes de ser incluido en el ensayo (art. 3.1, c). En el caso de menores o personas con la capacidad modificada y para dar su consentimiento, habiendo sido este emitido por su representante legalmente designado, cuando estos alcancen o recuperen la capacidad de consentir, deberá recabarse su consentimiento para poder continuar participando en el ensayo clínico. Luego, el menor, cuando “alcance” o tenga capacidad natural suficiente debe emitir un nuevo consentimiento, en virtud del cual ratificará o revocará el inicialmente emitido por su representante para continuar o abandonar el ensayo clínico en el que venía participando hasta el momento (art. 4.3). No obstante, la persona que participa en el ensayo clínico, por sí misma o con la asistencia de su representante legalmente designado, o de la persona vinculada a ella por razones familiares o de hecho, puede revocar su consentimiento “en cualquier momento” (art. 4.5).

El art. 5.1 RD 1090/2015 hace referencia expresa a los ensayos clínicos con menores, para los que exige el cumplimiento de las condiciones establecidas en los arts. 3 y 4 del mismo y las enumeradas en el art. 32 del Reglamento (UE) nº 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014⁶². Se

⁶⁰ Como ha referido, OJEDA RIVERO, Rafael, “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad...”, cit., p. 8, la doctrina del menor maduro consiste “en reconocer capacidad de obrar a los menores, en el ámbito de los derechos de la personalidad, tan pronto como muestren capacidad natural suficiente para ello”.

⁶¹ BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2015, última actualización publicada el 26 de noviembre de 2020 y que ha entrado en vigor el 2 de enero de 2021.

⁶² Diario Oficial de la Unión Europea de 27 de mayo de 2014, L 158/1. El art. 32 hace referencia a las condiciones de los ensayos clínicos con menores: “1. Solo podrá realizarse un ensayo clínico con menores si, además de las condiciones establecidas en el artículo 28, se cumplen todas las siguientes: a) se ha obtenido de su representante legalmente designado el

prevé en el apartado 3 del citado art. 4 que será necesario que se haya obtenido el consentimiento informado previo de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad o del representante legal del menor, a quien deberá oírse si, siendo menor de doce años, tuviera suficiente juicio. Cuando las condiciones del sujeto lo permitan y, en todo caso, cuando el menor tenga doce o más años, deberá

consentimiento informado; b) el menor ha recibido la información a que se refiere el artículo 29, apartado 2, de modo adaptado a su edad y madurez mental, proporcionada por investigadores o miembros del equipo de investigación con formación o experiencia en el trato con menores; c) el investigador respeta el deseo explícito de un menor, capaz de formarse una opinión y evaluar la información a que se refiere el artículo 29, apartado 2 (sobre las condiciones y forma de la información), de negarse a participar en el ensayo clínico o de retirarse en cualquier momento; d) no se ofrece ningún incentivo o estímulo económico al sujeto de ensayo ni a su representante legalmente designado, salvo una compensación por los gastos y la pérdida de ingresos directamente relacionados con la participación en el ensayo clínico; e) el propósito del ensayo clínico es investigar tratamientos para un problema de salud que solo padecen menores o el ensayo clínico es esencial para validar, por lo que respecta a los menores, datos obtenidos en ensayos clínicos con personas capaces de dar su consentimiento informado, o por otros métodos de investigación; f) el ensayo clínico está directamente relacionado con un problema de salud del menor o es de tal naturaleza que solo puede efectuarse con menores; g) hay motivos científicos por los que cabe esperar que su participación en el ensayo clínico genere: i) un beneficio directo para el menor afectado superior a los riesgos y cargas que supone, o ii) algún beneficio para la población representada por el menor afectado y dicho ensayo clínico entrañe solo un riesgo y una carga mínimos para el menor afectado en comparación con el tratamiento estándar del problema de salud que padece. 2. El menor participará en el procedimiento de consentimiento informado de un modo adaptado a su edad y madurez mental. 3. Si, durante el ensayo clínico, el menor alcanza la edad legal para prestar su consentimiento informado con arreglo a lo definido en el Derecho del Estado miembro en cuestión, se obtendrá su consentimiento informado expreso antes de que dicho sujeto de ensayo pueda continuar participando en el ensayo clínico”.

prestar además su consentimiento para participar en el ensayo⁶³.

2ª. La práctica de técnicas de reproducción humana asistida, para lo que se estará, nuevamente, según lo establecido en el art. 9.5 LBAP, a lo previsto con carácter general sobre la mayoría de edad, así como por las disposiciones especiales de aplicación. Para someterse a estas técnicas, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida⁶⁴, exige tener más de 18 años, tanto si se trata de donantes (art. 5.6), como de usuarias (art. 6.1), con plena capacidad de obrar y dado el carácter personalísimo de la decisión, no cabe la emisión por sus representantes legales.

3ª. La interrupción voluntaria del embarazo, atendiendo al contenido del art. 9.5 LBAP, es necesario contar con la manifestación de voluntad de la menor⁶⁵, así como con el consentimiento expreso de los representantes legales, remitiendo al Código Civil para la resolución de los conflictos que pudiera generar la intervención de estos. La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y

⁶³ Debe tenerse presente que, el ya citado Convenio de Oviedo, relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina de 1997, admite en el art. 17 un ensayo clínico con menores de edad, cuando concurren una serie de requisitos, tales son, si es directamente beneficioso para su salud, no existe un método alternativo de eficacia comparable, no es rechazado por el interesado y lo consiente el representante, la autoridad o persona o institución designada legalmente. *Vid.* también al respecto, art. 4 Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2004, última actualización publicada el 24 de diciembre de 2015), referente a los ensayos clínicos con menores.

⁶⁴ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006, última actualización publicada el 14 de julio de 2015.

⁶⁵ Sobre los problemas interpretativos en torno a qué cabe entender por “manifestación de voluntad”, ANDREU MARTÍNEZ, M^a. Belén, *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria...*, cit., pp. 70 y ss.

de la interrupción voluntaria del embarazo⁶⁶, en cuyo art. 13.4 se permitía otorgar el consentimiento a las menores de 16 y 17 años, supuso la equiparación de estas con el régimen previsto para las mujeres mayores de edad. No obstante, la LO 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo⁶⁷, ha otorgado una nueva redacción al art. 13 de la LO 2/2010, suprimiendo el apartado cuarto, en el cual se reconocía la posibilidad de que ciertas menores actúen en determinadas circunstancias sin sus representantes. La LO 11/2015 evita que las menores puedan emitir el consentimiento por sí solas, pero no otorga solución al posible conflicto de intereses que puede surgir entre la menor que decide someterse a un aborto y la negativa de sus representantes a la práctica del mismo. Parece que en estos casos corresponderá al Juez, atendiendo al contenido de los arts. 158.6 y 200 C.c., acordar la medida pertinente en beneficio de la menor.

4ª. Instrucciones previas, las cuales en base a lo establecido en el art. 11.1 LBAP, son el documento a través del cual una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. La referencia expresa a la mayoría⁶⁸, implica una limitación al ejercicio

de este derecho por parte del menor de edad en la medida en que recurre al criterio objetivo de la edad⁶⁹.

En todo caso, la capacidad del menor para emitir el consentimiento estará condicionada por el tipo de acto sanitario, según su gravedad y el riesgo que el mismo conlleve. Debe ser el profesional quien determine el grado de madurez del menor de dieciséis años, así como quien ha de apreciar la concurrencia de la situación de riesgo para la vida o la salud de los menores. Asimismo, es quien aprecia el hecho de que la actuación consentida por los representantes legales, en aquellos supuestos en los que el consentimiento debe ser prestado por los mismos, se adecúa al mayor beneficio para la vida y la salud del menor.

emancipado para otorgar el documento de instrucciones previas, tales son, Ley Foral Navarra 17/2010, de 8 de noviembre (art. 54.1); Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente, de la Generalitat Valenciana (art. 17.1); Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía, (art. 4.1); y la Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón, exige que el menor sea mayor de catorce años (art. 15.1).

⁶⁹ Esta solución ha sido muy criticada por parte de la doctrina, en la medida en que implica una clara desigualdad de trato, defendiendo la legitimación de los menores maduros que han cumplido los dieciséis años. En este sentido, PLAZA PENADÉS, Javier, "La Ley 41/2002, básica sobre Autonomía del Paciente, Información y Documentación clínica", Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 562, 2002, pp. 5 y 6 y BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, "La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud...", cit., p. 16. Por el contrario, PARRA LUCÁN, Mª. Ángeles, "La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", Aranzadi Civil, núm. 2/2003, Pamplona, 2003, p. 19, estima que no existe incoherencia ya que dada la proximidad de estas instrucciones a la disposición sobre la propia vida puede explicar que se erija un plus de capacidad para expresar una voluntad que necesariamente, hay que convenir, no tiene por qué formarse de igual manera "a priori", antes de que la persona se encuentre en situación de riesgo vital.

⁶⁶ BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

⁶⁷ BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2015.

⁶⁸ Sin embargo, existen distintas leyes autonómicas que reconocen capacidad al menor maduro o al

VI. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL PROBLEMA DE LA EVALUACIÓN DE LA CAPACIDAD NATURAL

El consentimiento informado emitido por el paciente menor de edad, atendiendo al contenido del art. 3 LBAP, exige que tenga capacidad para consentir, es decir, la capacidad natural suficiente para emitir dicho consentimiento y ser consciente de la trascendencia del acto para el cual lo emite⁷⁰. Para ello, es necesario que el menor sea receptor de la información adecuada, que le permita adquirir o ampliar conocimientos sobre su estado físico y salud, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla, por parte del médico responsable y de todos los profesionales que le atiendan durante el proceso. Asimismo, el referido consentimiento debe ser emitido de una forma libre y voluntaria, lo que excluye el concurso de cualquier vicio. La información adecuada y el consentimiento libre y voluntario que, en base a la misma, es emitido por el menor, constituyen los dos elementos claves para que se produzca la intervención médica⁷¹.

Aunque en el ordenamiento español el reconocimiento de la capacidad de obrar plena se encuentra ligada a la edad del sujeto, es también cierto que la autonomía del menor para la toma de decisiones está presidida por su capacidad natural,

lo que de forma progresiva ha ido desvinculando capacidad de obrar de la mayoría de edad. La madurez del menor es lo que va a determinar la mayor o menor representación que debe ser ejercida por los padres o tutores, en su caso. En consecuencia, a mayor capacidad natural del menor, mayor capacidad de autogobierno en materia sanitaria, disminuyendo las responsabilidades parentales a los efectos de la representación legal, lo que no excluye el cumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia que todo progenitor ostenta.

Por lo tanto, el grado de autonomía del menor, no va a depender tanto de su edad, que siempre se tiene en cuenta, como de su madurez, tanto emocional como cognitiva, la naturaleza del acto sobre el cual debe decidir y cómo afecta a la esfera de sus intereses. Todo ello, sin perder de vista qué es lo mejor para ese menor concreto en ese momento, lo que siempre trae a colación el interés superior del menor.

Como ya se ha referido, en base a lo establecido en el art. 162.2.1º C.c. los menores tienen derecho a ejercer los actos relativos a los derechos de la personalidad, de acuerdo con su madurez, lo que no excluye que los responsables parentales puedan intervenir en estos casos en virtud de sus deberes de “cuidado y asistencia”. En virtud del citado precepto, queda excluido del ámbito del ejercicio de la patria potestad los actos relativos a los derechos de la personalidad cuando el menor tiene suficiente madurez, lo que nos lleva a considerar que, el menor maduro, ostenta capacidad para decidir en el ámbito sanitario, aunque esto no excluye la intervención de los representantes legales, en todo caso, pues esta es necesaria en supuestos en los que exista un grave riesgo para la vida o sa-

⁷⁰ Como ha referido, JORQUI AZOFRA, María, “Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad...”, cit., p. 466, es preciso que el paciente cuente con la capacidad para consentir, esto es, con la capacidad natural de entender y querer, para decidir conforme a sus valores y proyecto vital.

⁷¹ Sin embargo, el déficit actual de información del enfermo es objeto de denuncia en diversos estudios. *Vid.* entre otros, REYNAL REILLO, Esperanza, Cuestiones actuales del consentimiento informado, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2016, <https://dialnet.unirioja.es>, p. 124.

lud del menor⁷². A pesar de que la LBAP en el art. 9.3 se refiere al “otorgamiento del consentimiento por representación”, cuando se trata de actos relativos al ejercicio de los derechos de la personalidad, las decisiones que sean adoptadas por los representantes parentales no responden a un acto de representación sino, como ha sido considerado por DÍEZ-PICAZO⁷³, a “una facultad derivada del deber de velar”.

Sentado esto, el problema se traslada al ámbito de la evaluación de la capacidad natural del menor, presente tanto en la regulación anterior, como en la actual tras las reformas operadas en 2015. La cuestión se divide realmente en dos, por un lado, es preciso determinar qué menor ostenta la referida capacidad⁷⁴; y, por otro lado, quién es el responsable de precisar si el menor tiene o no esa capacidad natural.

En relación a la primera cuestión, como ya se ha constatado, el menor ostenta capacidad natural cuando se encuentra en condiciones de emitir el consentimiento en base a la información recibida, siendo consciente de las consecuencias del acto para el cual lo emite. En el caso concreto

que nos ocupa, el menor es consciente de las consecuencias de la intervención sanitaria. No obstante, en nuestro país no ha sido adoptado un protocolo estandarizado para que se pueda llevar a cabo una evaluación objetiva de la madurez del menor.

En relación a la segunda cuestión, hay posturas dispares, que van desde aquellas que, de forma mayoritaria, estiman que la evaluación debe ser realizada por el propio facultativo o equipo médico; hasta quienes defienden que la valoración corresponde a los progenitores o representantes legales⁷⁵. Ambas soluciones son susceptibles de crítica⁷⁶, en la medida en que el médico o equipo responsable puede no tener la cualificación suficiente para determinar la capacidad natural del menor, y los progenitores o representantes legales no suelen ser los más adecuados, por su grado de involucración emocional y posible conflicto de intereses con el menor. De ahí que, para determinar el grado de comprensión y discernimiento por parte del menor objeto de evaluación, sea el facultativo o equipo médico responsable, ayudado por el Comité de Ética correspondiente⁷⁷, el encargado de realizarla, correspondiendo en última instancia a la autoridad judicial resolver el conflicto (art. 9.4 y 6 LBAP)⁷⁸.

⁷² JORQUI AZOFRA, María, “Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad...”, cit., p. 479.

⁷³ DÍEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil...*, cit., pp. 278 y 279. *Vid.* también al respecto, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, “Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores...”, cit., p. 56.

⁷⁴ La madurez psicológica es definida en el art. 2, f) del Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía (BOJA núm. 53, de 18 de marzo de 2009), como “desarrollo suficiente de la capacidad intelectual y volitiva de la personalidad, que le permite la toma de decisiones con un conocimiento apropiado de su fundamento, una previsión razonable de sus consecuencias y una asunción lógica de las mismas, de forma adecuada al contexto”.

⁷⁵ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, Luis, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 184.

⁷⁶ DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja, “El consentimiento informado de los menores...”, cit., pp. 222 y 223.

⁷⁷ *Vid.* Auto Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela, de 9 de octubre de 2015 (JUR 2015/253376).

⁷⁸ DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja, “El consentimiento informado de los menores...”, cit., p. 223, propone que la evaluación recaiga sobre un equipo médico especializado, en concreto, un grupo de psicólogos que, mediante los protocolos propios para estos casos, valore si el menor tiene la capacidad intelectual y emocional suficiente para emitir su consentimiento. Por su parte, JORQUI AZOFRA, María, “Régimen jurídico de la autonomía de los menores...”, cit., p. 482,

No obstante, y como ya ha sido manifestado con anterioridad, en el proceso de determinación de la capacidad natural del menor influye el tipo de intervención médica que se pretenda realizar. Resulta ilustrativa, sobre el particular, la STC 18 de julio de 2002⁷⁹, en la que el TC ante el rechazo de un tratamiento vital por parte de un menor, estima que “el ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad (...), pero esto, no es suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, notas esenciales, la de ser definitivo y en consecuencia, irreparable”.

Por consiguiente, a la hora de precisar la capacidad natural del menor para consentir la intervención médica, se van a tener en cuenta tres elementos fundamentales:

1°. La edad, pero no con carácter determinante.

2°. El grado de desarrollo intelectual y emocional.

3°. El tipo de acto sanitario.

Estos tres elementos permiten la protección del menor en el ámbito sanitario al mismo tiempo que garantizan su autonomía como paciente. Se trata de verificar, como ha sido constatado⁸⁰, si en el menor existe para ese caso concreto “racionalidad” respecto de su voluntad, de tal forma que el deseo expresado sea congruente con los fines contemplados

admite que, en ciertos casos (graves o particularmente conflictivos), pueden requerir el dictamen de expertos, por ejemplo, asesoramiento especializado de psicólogos infantiles u otros especialistas.

⁷⁹ RTC 2002/154. *Vid.* al respecto, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, Capacidad natural e interés del menor maduro..., cit., pp. 968 y ss.

⁸⁰ MORATALLA VALCÁRCEL, Carlos, “El menor. Un paciente complejo”, www.aeds.or/XXIIIcongreso/po-nencias/, p. 27.

por quien lo expresa y que estos sean razonablemente realizables en el marco de su realidad personal, por lo que hay que atender a que la edad por sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica, por lo que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo recibido condicionan decisivamente la evolución de la capacidad del menor para formarse una opinión propia. Por ello, deben valorarse también los efectos en la vida o salud del menor que se pueden derivar de la decisión adoptada, de tal forma que cuanto más trascendentes o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será proceder a una correcta y profunda evaluación de la madurez⁸¹.

VII. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EMITIDO POR LOS REPRESENTANTES LEGALES: PAUTAS DE UNA POSIBLE ACTUACIÓN

Partiendo de que el representante del menor interviene en los casos legalmente establecidos, no hay que olvidar que siempre actuará en interés del mismo,

⁸¹ Como ha señalado, OJEDA RIVERO, Rafael, “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad...”, cit., p. 11, parece razonable exigir una capacidad plena cuando el ejercicio del derecho de autodeterminación tiene como consecuencia un grave perjuicio para la salud de la persona, o incluso su muerte. Admitiendo que, el margen de error tolerable en la estimación de la capacidad, debería ser menor cuanto más graves sean las consecuencias de la decisión, por lo que podrían existir razones “prudentiales”, no “paternalistas”, para limitar el ejercicio del derecho de autodeterminación de un menor en los casos en que su decisión es contraria al criterio médico y le causara un grave perjuicio objetivo.

es decir, atendiendo al mayor beneficio para la vida o salud del paciente (arts. 154 C.c., 2 LOPJM 1996 y 9.5 y 6 LBAP)⁸². Las decisiones que resulten contrarias al interés del menor deben 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 obtener la autorización judicial, en cuyo caso, los profesionales adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, siempre amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o estado de necesidad. El consentimiento por representación debe ser: 1°. Adecuado a las circunstancias; 2°. Proporcional a las necesidades que deben ser objeto de atención; 3°. En favor del paciente y con respeto a su dignidad personal; y, 4°. Contando con la participación del paciente a lo largo del proceso sanitario, en la medida de sus posibilidades. En base a esto, cabe considerar que, el menor tiene derecho a participar en la toma de decisiones, aunque sea finalmente el consentimiento prestado por sus representantes, lo que implica un derecho previo por parte de este a ser objeto de la debida información, adaptada a su edad y circunstancias, aunque no le sea reconocida capacidad natural suficiente para emitir el consentimiento final para que proceda la intervención sanitaria. Esto no es más que una manifestación más del derecho del menor

⁸² Se trata de consentir los tratamientos e intervenciones que sean necesarios para preservar el derecho a la vida y la salud del paciente. En este sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas...", cit., p. 10,

a ser oído y escuchado legislativamente reconocido⁸³.

Sin embargo, hay que evaluar la opinión del menor, pues esto nos pone nuevamente en contacto con su interés, en la medida en que es posible que su postura, de la que se ha dicho hay que tener en cuenta, aunque no emita el consentimiento, no coincida con la de sus representantes, facultativos intervinientes o sea la mejor para él, por lo que habrá que determinar cuál es el interés del menor en ese caso concreto y hasta qué punto la opinión emitida por el mismo debe ser tomada en cuenta. Bien es sabido que, el ejercicio por parte del menor de este derecho no implica cumplir sus deseos, sino atender a su voluntad, en la medida en que permite el desarrollo de su personalidad y resulta positiva para su evolución y en el proceso de curación.

⁸³ El art. 9 LOPJM 1996 establece el derecho del menor a ser oído y escuchado "sin discriminación alguna por edad", discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier otro procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor debe recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. Se trata de un derecho que puede ejercitar el menor cuando tenga suficiente madurez por sí mismo, o a través de persona que designe para que le represente. La madurez debe ser valorada por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. En términos generales, se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Las comparecencias o audiencias se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, siendo informado tanto de lo que se le pregunta, como de las consecuencias de su opinión. Sobre el particular, resulta de interés, STS 30 de noviembre de 2020 (Roj: STS 4032/2020).

VIII. CASOS ESPECIALES

La capacidad del menor en el ámbito sanitario es objeto de específica regulación en determinados casos⁸⁴, entre los que cabe referir, por su actualidad, los que siguen:

1º. Los menores ante la cirugía estética⁸⁵. El disperso y confuso marco normativo en lo que se refiere al consentimiento informado que puede ser emitido por el menor en los casos de intervenciones médicas de naturaleza curativa o terapéutica⁸⁶, se agudiza cuando de intervenciones voluntarias o satisfactivas⁸⁷, se trata.

Realizado un análisis de la situación legislativa existente se comprueba que en España no existe una normativa estatal sobre las intervenciones quirúrgicas de menores con finalidad estética, salvo en la Comunidad Autónoma de Andalu-

cia. El Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía⁸⁸, establece las obligaciones de los centros y servicios sanitarios en los que se lleven a cabo estas intervenciones a menores de edad, prevé la creación de un Registro de datos de estas intervenciones, así como, las condiciones necesarias para la realización de intervenciones de cirugía estética en menores de edad (art. 1). Igualmente, reconoce el derecho del menor a recibir información en términos adecuados a su edad, desarrollo mental, madurez, estado afectivo y psicológico (art. 4), para poder emitir el pertinente consentimiento informado (art. 6). No obstante, establece diferencias según el tramo de edad en el que se encuentre el menor, distinguiendo entre: 1º. Menor de edad con dieciséis años cumplidos o emancipado, en cuyo caso se estará a lo que este decida y podrá otorgar el consentimiento informado. Sin embargo, si se trata de una actuación que implica grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres o tutores serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisión correspondiente; 2º. Menor con doce años cumplidos, el consentimiento informado debe ser emitido por su padre o madre o quienes tengan la tutela o representación legal, después de que el facultativo responsable escuche la opinión del menor; 3º. Menor de doce años, aunque la norma guarda silencio al respecto, cabe entender que es necesario que el consentimiento informado sea emitido por los padres o tutores.

⁸⁴ *Vid.* otros supuestos analizados, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, Capacidad natural e interés del menor maduro..., cit., pp. 968-973.

⁸⁵ La cirugía estética en menores es un tema que suscita mucha polémica, sobre todo a la hora de precisar la edad a partir de la cual debe ser aconsejada. Las intervenciones más habituales son la otoplastia, la reducción mamaria en adolescentes, la rinoplastia en adolescentes y primera juventud y la ginecomastia en adolescentes. Según el Informe de la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética (SECPRE), "La realidad de la Cirugía Estética en España 2017-2018", en España se llevan a cabo cerca de 400.000 intervenciones de cirugía estética al año, de las cuales, al menos 8.000 (el 1.9%), se realizan en menores.

⁸⁶ *Vid.* STS 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5649).

⁸⁷ Según el TS en Sentencia 15 de febrero de 2017 (RJ 2017/583), se exige una información más rigurosa para la adecuada formación de un consentimiento informado en los supuestos de medicina satisfactiva o voluntaria, como es el caso, que en los de cirugía necesaria, curativa o asistencial, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta de la innecesidad o falta de premura de la misma.

⁸⁸ BOJA núm. 53, de 18 de marzo de 2009.

Con carácter previo a la intervención de estética se practicará a la persona menor de edad un examen psicológico en virtud del cual se determine su madurez psicológica. Cuando el padre, madre o tutor de la persona menor de edad emancipada o con dieciséis años cumplidos se oponen a la intervención, deben ser oídos por este profesional de la Psicología que realiza el examen psicológico previo (art. 5.1, 3 y 4). El citado informe de madurez psicológica será valorado por el facultativo que vaya a realizar la intervención, quien determinará su pertinencia y la idoneidad de la persona menor de edad con relación a la práctica de la misma (art. 5.6).

2º. Menores y trasplante de órganos. La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos⁸⁹, exige ser mayor de edad para la donación (art. 4), lo que tiene sentido en la medida en que la donación no reporta beneficio alguno al menor de edad. Por el contrario, para la recepción de órganos, atendiendo al contenido del art. 6, c), el consentimiento pueden prestarlo los representantes legales, padres o tutores, en el caso de los menores de edad. Asimismo, el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad⁹⁰, exige cuando se trata de donantes vivos que sea mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un buen estado de salud (art. 8.1, a), pero si trata de donantes fallecidos, salvo que dejen constancia expresa de su oposición, se presume su

conformidad (art. 9.1, a). No obstante, si se trata de menores, la oposición a la extracción podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.

3º. Menores y biomedicina. La Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica⁹¹, establece en el art. 4.2 que se otorgará el consentimiento por representación, cuando la persona sea “menor de edad”, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación. Este consentimiento por representación debe ser proporcional a la investigación a desarrollar, efectuándose con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud. Los menores pueden participar en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación.

4º. Menores y cirugía transexual. La LBAP guarda silencio sobre el particular, siendo unánimemente admitida la prohibición antes de los dieciocho años, en base a lo establecido en los art. 155 y 156 C.P., así como en legislación autonómica, en concreto, art. 10.6 de la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía⁹².

En relación con la cirugía transexual y la capacidad del menor, cabe hacer una referencia al problema de la transexualidad y el cambio de nombre en el Registro Civil. La Ley 3/2007, de 15 de marzo, permite la rectificación registral de la men-

⁸⁹ BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1979 (última actualización publicada el 2 de agosto de 2011).

⁹⁰ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2012.

⁹¹ BOE núm. 159, de 3 de julio de 2007.

⁹² BOJA núm. 139, de 18 de julio de 2014. Sin embargo, ha existido alguna excepción, *Vid.* al respecto, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, “El transexualismo primario y su contemplación en el ordenamiento jurídico español”, *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 8, 2010, pp. 255-273.

ción del sexo a través de un expediente gubernativo tramitado ante el Registro Civil. En concreto, en el art. 1.1. se establece que “toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo”, lo que conlleva el cambio del nombre propio de la persona (art. 1.2). Para esto, es necesario que concurren dos requisitos conforme al art. 4 de la citada norma, tales son, en primer lugar, la presentación de un informe médico o psicológico que acredite que el sujeto padece disforia de género de carácter permanente y ajeno a trastornos de la personalidad; y, en segundo lugar, el solicitante debe probar que ha sido tratado médicamente durante, al menos, dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, salvo que concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia. No se exige, para la concesión de la citada rectificación registral que la persona haya sido objeto de cirugía de reasignación sexual. El hecho de que se exija a la persona ser mayor de edad, excluye al menor de edad (emancipado o no), el cual no puede, en ningún caso, solicitar el cambio registral de sexo, ni por sí mismo, ni a través de sus representantes legales.

Esta situación condujo al TS a plantear una cuestión de inconstitucionalidad a raíz de un recurso de casación presentado por los padres de un menor de edad que, como representantes legales, solicitaron la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre del menor, primero, a través de la vía gubernativa ante el Registro Civil y luego, mediante juicio ordinario, siendo denegada esta posibilidad

en todas las instancias dada la situación de minoría de edad del hijo.

El TC en Sentencia 18 de julio de 2019⁹³, estima que “el art. 1.1. de la Ley 3/2007, (...), sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con “suficiente madurez” y en una “situación estable de transexualidad” y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales (...), de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías especiales de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad”. Por lo tanto, declara que la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007, lo es en la medida en que se aplica a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad⁹⁴.

⁹³ RTC 2019/99.

⁹⁴ La referida sentencia fue objeto de un voto particular por parte de Dña. Encarnación Roca Trías al que se adhiere D. Alfredo Montoya Melgar. Del mismo cabe destacar que: “no se trata de analizar si la facultad de rectificación registral puede o no graduarse en función de la madurez de los menores, pues no es misión de este Tribunal indicar qué norma podría ser más favorable al ejercicio de determinados derechos fundamentales (esta es labor exclusiva del legislador). Se trata de enjuiciar si el requisito de la mayoría de edad para cambiar la mención registral choca frontalmente con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o con la protección de la dignidad de la persona que se desprende del (art. 10.1 CE)”. Esto la conduce a considerar que “se declara la inconstitucionalidad de la norma pero no la nulidad del precepto cuestionado, dando lugar a un pronunciamiento, a mi juicio confuso y con un efecto impreciso, pues no sabría determinar si estamos ante una sentencia “aditiva”, en la que se declara inconstitucional la norma porque no se ha previsto algo que el legislador constitucionalmente estaba obligado a

Obviamente tras esta STC, los menores de edad que reúnan los requisitos del art. 4 Ley 3/2007, que tengan suficiente madurez y se encuentren en “situación estable de transexualidad”, pueden por sí solos, solicitar el cambio registral de sexo y el nombre.

Ante esto, la STS 17 de diciembre de 2019⁹⁵, ha admitido casar la sentencia y, en su lugar, devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que, tras realizar la audiencia del menor, una vez que se ha declarado que la minoría de edad del demandante no le priva de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, si tiene suficiente madurez y una situación estable de transexualidad, y que no haber estado sometido durante al menos dos años a tratamiento, no le impide obtener la rectificación solicitada.

No obstante, hay que tener presente que la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), ya había dictado la Instrucción de 23 de octubre de 2018⁹⁶, sobre el cambio de nombre en el Registro Civil de las personas transexuales, en la que son establecidas dos directrices para orientar la actuación de los encargados del RC, en las que hacía referencia al “menor emancipado”,

prever; o ante una sentencia de inconstitucionalidad parcial; o ante una sentencia “monitoria” en la que se aconseja al legislador que opte por una regulación más favorable o, en suma, ante una sentencia meramente interpretativa, dejando pendiente por concretar, quién y cómo se ha de determinar la “suficiente madurez del menor” y el grado de estabilidad de su transexualidad, de cara a extenderle la facultad de rectificar la mención registral relativa al sexo”. Sobre el particular, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Transexualidad y menor de edad”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 112, 2020 (BIB 2020/8083).

⁹⁵ RJ 2020/669.

⁹⁶ BOE núm. 257, de 24 de octubre de 2018.

así como a los padres o representantes legales del menor no emancipado⁹⁷.

5°. Menores y obtención de células y tejidos humanos. En el Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para 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 humanos⁹⁸, encontramos diferentes referencias al menor de edad: a) El art. 7.1, párrafo 4°, 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”; b) El art. 7.2, pá-

⁹⁷ Sobre el particular, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Transexualidad, minoría de edad, cambio de sexo y cambio de nombre”, *IDIBE*, octubre 8, 2019, <https://idibe.org/tribuna>. La Instrucción de la DGRN de 23 de octubre de 2018, establece en la directriz segunda que “los padres de los menores de edad, actuando conjuntamente, o quienes ejerzan la tutela sobre los mismos, podrán solicitar la inscripción del cambio de nombre, que será atendida en el Registro Civil, con tal de que, ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, los representantes del menor actuando conjuntamente declaren que el mismo siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez”.

⁹⁸ BOE núm. 163, de 5 de julio de 2014.

rrafo 3º, precisa que cuando se trate de la obtención de células y tejidos de una persona viva para su procesamiento y posterior uso autólogo o para su uso autólogo eventual, las personas menores de edad o personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, este será prestado por su representante legal; y, c) El art. 8.1, párrafo 2º, sobre la donación y obtención de tejidos y células en donantes fallecidos, considera que la obtención de tejidos y células de personas fallecidas podrá realizarse, si no hubieran dejado constancia expresa de su oposición, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, pero en el caso de que se trate de menores o personas incapaces de consentir, la oposición a la donación podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal.

6º. Menores y anticoncepción. El art. 9.4 LBAP fija la mayoría de edad sanitaria en los dieciséis años, y el art. 9.3 LBAP establece la obligación de escuchar al menor conforme a la LOPJM 1996 a partir de los doce años. A la luz de la normativa vigente las menores de dieciséis y diecisiete años no requieren completar su capacidad de obrar con sus representantes legales para someterse a tratamientos anticonceptivos. Por el contrario, las menores entre doce y dieciséis años, pueden decidir por sí mismas, el someterse o no a un tratamiento anticonceptivo, dependiendo de su grado de madurez, lo que deberá ser valorado por el facultativo. Con independencia de esto, cuando se atiende a adolescentes menores de dieciséis años que no acuden acompañadas de sus progenitores o tutores, es conveniente recoger en la historia clínica que su madurez ha sido comprobada, que el mé-

todo que han decidido utilizar es elegible médicamente y que “se les ha aconsejado que informen a sus padres o tutores de que mantienen relaciones sexuales y van a utilizar un determinado anticonceptivo”⁹⁹, cuestión que es discutible y exige un tratamiento mayor, dada la naturaleza de la intervención.

7º. Menores ante la eutanasia. En el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia¹⁰⁰, se establece que esta Ley introduce un nuevo derecho individual, que conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe cohonstar también con otros derechos y bienes, igualmente protegidos constitucionalmente, como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

Igualmente, establece que “cuando una *persona plenamente capaz*¹⁰¹ y libre, se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e integridad (...), el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida”.

La norma permite el ejercicio de este derecho a “toda persona mayor de edad y en plena capacidad de obrar y decidir”,

⁹⁹ QUINTANA PANTALEÓN, Rosario, “Anticoncepción en la adolescencia”, *Pediatría Integral*, Vol. XXI, núm. 6, julio-agosto, 2017, <https://www.pediatriainintegral.es>.

¹⁰⁰ BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2021.

¹⁰¹ Cursiva añadida.

siempre que lo haga “de forma autónoma, consciente e informada”. La persona solicitante debe ser, por lo tanto, mayor de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud (art. 5.1, a). Contempla la norma dos vías de acceso, primero, mediante solicitud; segundo, mediante el testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos. En ambos casos, se exige la mayoría de edad y la plena capacidad de obrar, bien, en el momento de la solicitud; o bien, en el momento de otorgamiento del testamento vital, lo que excluye la posibilidad de ejercicio de este derecho por parte de los menores, incluso a los que ostentan la mayoría de edad sanitaria. A pesar de ello, no han faltado voces que reclamen el reconocimiento del ejercicio de este derecho por parte de los menores emancipados de dieciséis y diecisiete años y con permiso desde los doce¹⁰².

En cualquier caso, habrá supuestos en los que la vida del menor, puede no representar su interés superior, por lo que será necesario analizar todas las circunstancias que rodean al supuesto concreto para poder llevar a cabo una exacta valoración del mismo¹⁰³.

IX. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Los posibles límites al ejercicio de la responsabilidad parental deben ser en-

tendidos como instrumentos de protección del menor, establecidos en interés del mismo. Precisamente, el facultativo ostenta competencias en materia de protección inmediata del menor, en la medida en que puede solicitar la intervención de la autoridad judicial cuando existe un peligro para la vida o integridad física del menor y en ausencia de consentimiento por parte de los titulares de la responsabilidad parental o cuando las decisiones adoptadas por estos sean contrarias a los intereses del menor en cuestión. Solamente en algún momento o casos de urgencia se justifica la prevalencia del criterio médico sobre la voluntad parental, dando validez jurídica a la solución del facultativo frente a un posible abuso del poder parental.

En concreto, se ha denunciado que, en ocasiones y ante casos de trasplante de órganos a menores, la falta de disponibilidad de los mismos, puede hacer que los facultativos, ante el rechazo de los progenitores, lleguen a no solicitar la intervención de la autoridad judicial. No obstante, cuesta aceptar que los padres se encuentren investidos de un poder para decidir sobre la vida o la muerte de un menor, o que los profesionales de la salud asuman una posible “fungibilidad” de la vida humana, absteniéndose de actuar en beneficio de unos menores cuyos padres no sean cooperativos porque pueden salvar a otro con posterioridad¹⁰⁴.

Ante esto, cabe considerar que los derechos a la vida y a la integridad física del menor, no pueden ser negados para satisfacer los intereses de los progenitores. La responsabilidad parental incumbe a los padres, pero para proteger al hijo. En

¹⁰² <https://www.finanzas.com>, <https://www.abc.es>.

¹⁰³ *Vid.* Auto Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela, de 9 de octubre de 2015 (JUR 2015/253376). Sobre el particular, MARÍN CASTÁN, M^a. Luisa, “La polémica decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso Gard y otros contra el Reino Unido”, *Rev. Bio. y Der.*, 2018, pp. 261-276, www.bioeticayderecho.ub.edu

¹⁰⁴ En este sentido se ha manifestado, DUARTE PINHEIRO, Jorge, *Limites ao exercicio das responsabilidades parentais...*, cit., pp. 93 y 94.

la actualidad no es jurídicamente admisible una concepción distinta del papel parental. Sin embargo, la falta de capacidad de los progenitores, en ciertas ocasiones, para velar y cuidar de su hijo, no puede llegar a implicar la muerte de este, pues nuestro sistema contempla alternativas que hacen viable la sobrevivencia del menor fuera del hogar familiar, por ejemplo, confiando la guarda a una tercera persona, la tutela, la adopción, el acogimiento familiar, ya sea en familia extensa o ajena y el residencial¹⁰⁵.

Por otra parte, una actitud inversa al rechazo del tratamiento por parte de los progenitores y que no se encuentra tampoco exenta de dificultades, se produce cuando estos solicitan una prolongación de la vida del menor, al margen de aquello que se puedan considerar como buenas prácticas por parte de los profesionales de la salud. Este tipo de solicitudes se encuentran condicionadas en la mayoría de las ocasiones por factores de tipo cultural o religioso. En la actualidad, la mayoría de los profesionales admiten el rechazo al que podemos considerar como un tratamiento “inútil” de distensión terapéutica¹⁰⁶, siendo una manifestación actual, como respuesta a situaciones de enfermedad terminal, las prestaciones de cuidados paliativos¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Sobre el particular, en el derecho portugués, *Vid. DUARTE PINHEIRO, Jorge, idem*, p. 94, quien propone también el denominado “apadrinamiento civil”, en los términos previstos en la Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro.

¹⁰⁶ MARÍN CASTÁN, M.^a LUISA, “La polémica decisión del Tribunal Europeo...”, *cit.*, p. 7.

¹⁰⁷ En este sentido, la Carta de los Derechos del niño al final de la vida (<http://cuidandojuntos.org.pt/carta-dos-direitos/>), redactada por un grupo de expertos y padres italianos, y revisada por un grupo de expertos internacionales, pretende ser una herramienta sencilla que pone de relieve los derechos y la dignidad de los niños al final de la vida y ofrece sugerencias y soluciones que pueden aplicarse en di-

X. CONCLUSIONES

En la actualidad impera la concepción de un menor como sujeto dotado de derechos que, por su vulnerabilidad, debe beneficiarse de un régimen jurídico especial. Esta situación de “vulnerabilidad”, se agrava cuando padece algún tipo de enfermedad, la cual exige una intervención médica. En todos estos supuestos la tutela del menor debe ser asegurada mediante un conjunto de normas que garanticen su protección. En particular, cabe referenciar aquellas en las que se establece que el ejercicio de las responsabilidades parentales debe redundar en el interés del niño, las que califican el interés del menor como superior, las que obligan a los padres a velar por su salud, las que otorgan a los progenitores la función de

versas circunstancias. En esta enumeración de diez derechos de los menores incluye el tener acceso a los cuidados paliativos: 1. Ser considerado una «persona» hasta la muerte, independientemente de la edad, la ubicación, la condición y el entorno de atención; 2. Recibir un tratamiento eficaz, mediante una atención especializada, integral y continuada, para el dolor y otros síntomas físicos y psicológicos que causan sufrimiento; 3. Ser escuchado e informado adecuadamente sobre su enfermedad, teniendo en cuenta sus deseos, su edad y su capacidad de comprensión; 4. Participar, en la medida de sus capacidades, valores y deseos, en la elección de los cuidados sobre su vida, enfermedad y muerte; 5. Expresar sus sentimientos, deseos y expectativas, y que se tengan en cuenta; 6. A que se respeten sus creencias culturales, espirituales y religiosas y a recibir atención y apoyo espiritual según sus deseos y elecciones; 7. Tener una vida social y relacional adecuada a su edad, condición y expectativas; 8. Estar rodeado de familiares y personas significativas que sean competentes en la organización y prestación de sus cuidados, y que reciban ayuda para hacer frente a las cargas económicas y emocionales de su enfermedad; 9. Ser atendido en un entorno adecuado a su edad, sus necesidades y sus deseos, y que permita a la familia permanecer cerca y participar; 10. Tener acceso a servicios de CPP que respeten su interés superior y eviten prácticas clínicas fútiles o desproporcionadas y el abandono terapéutico.

promover su desarrollo y protección. Se deben regular, asimismo, todas las medidas y procedimientos susceptibles de ser aplicados a aquellas situaciones que puedan poner en peligro la salud del niño.

Sin embargo, la verdadera defensa del menor presupone una acción que contemple realmente su autonomía como persona. En esta llamada “era pedocéntrica”¹⁰⁸, a pesar del potencial para fortalecer la garantía de la posición del menor que se divisa en el control extra-familiar de los componentes parentales, pueden plantearse ejemplos de lesión del menor, con la aprobación de los facultativos, Comisiones de Ética, Ministerio Fiscal y los propios tribunales.

En cualquier caso, las posibilidades de actuación del menor en el ámbito sanitario responde, con carácter general, a lo establecido en el art. 162.2.1º C.c. y, en particular, a lo preceptuado en el art. 9 LBAP, así como en la normativa especial y de las Comunidades Autónomas. Se impone, pues, el establecimiento de un equilibrio entre el respeto debido a la autonomía del paciente menor de edad, a la patria potestad y a la protección de la vida e integridad individuales¹⁰⁹. Por lo tanto, el reconocimiento progresivo de capacidad de actuación al menor de edad, en base a su madurez e interés, implica una paulatina retirada de los representantes legales en orden a su intervención, lo que no debe ser interpretado en términos de desprotección, pues esta permanece hasta la mayoría de edad.

El reconocimiento de capacidad natural al menor en el ámbito sanitario ale-

jado cada vez más del criterio de la edad, no implica que en la práctica esto sea una realidad. Para ello habría que determinar en qué medida se tiene en cuenta al menor a la hora de emitir el consentimiento informado, tras haber recibido una previa información adecuada, lo cual supondría que, los responsables parentales van cediendo, en este ámbito, el protagonismo legal ya reconocido al menor como sujeto de derechos.

En el proceso de toma de decisiones al que se puede ver sometido el menor de edad en el ámbito sanitario, resulta de vital importancia la comunicación entre el equipo, los responsables parentales y el menor, con el objetivo de generar la confianza necesaria para el desarrollo eficiente de la intervención médica. La capacidad del menor, cuya evaluación está ligada a la persona del facultativo, debe valorarse atendiendo también a la gravedad de la intervención. Por ello, a mayor gravedad, mayor capacidad de decisión debe ser exigida en el menor, pues la misma depende de la consciencia en torno a las consecuencias de las actuaciones respecto de las que emite el consentimiento informado. Esto exige un análisis del caso particular, olvidando las facultades vinculadas al criterio de la edad. Ante el supuesto concreto, es necesario determinar si el menor reúne, verdaderamente, las condiciones de madurez que la intervención sanitaria exige. De ahí la inoperatividad, en muchas ocasiones, del criterio de los 16 años como regla general.

Cuando un menor de edad rechaza el tratamiento es necesario analizar las razones que le conducen a ello, atender al caso concreto y determinar cuál es su interés superior, que no tiene que ser salvaguardar su vida. No hay que estudiar solamente las causas por las que el menor rechaza una intervención médica,

¹⁰⁸ DUARTE PINHEIRO, Jorge, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais...*, cit., p. 134.

¹⁰⁹ En este sentido, Circular de la Fiscalía General de Estado de 3 de octubre de 2012 (JUR 2012/332864), “Conflictos ante intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave”.

sino también la trascendencia sobre la decisión que ha adoptado y sobre si la misma debe o no ser tenida en cuenta. Se trata al fin y al cabo de tener presentes las razones que conducen al menor a adoptar esa decisión, como elemento determinante en la configuración de su interés, cuestión distinta es evaluar si su voluntad será finalmente relevante y tenida en cuenta como decisión final.

Por el contrario, cuando son los progenitores en el ejercicio de la responsabilidad parental, los que rechazan la intervención médica, lo más importante no debe ser el motivo de la oposición, sino el efecto que la misma puede tener sobre el menor. Si el rechazo a una intervención médica pone en peligro la salud del menor, es indiferente si los progenitores lo hacen por motivos religiosos o de otro tipo, ya que un comportamiento susceptible de atentar contra la vida e integridad del menor, no es admisible o inadmisibles en función de la naturaleza de las razones que lleva a los padres a practicarlo¹¹⁰.

Por último, aunque a partir de la LBAP se hable de un régimen de corresponsabilidad médico/paciente, cuando el enfermo es un menor de edad, el ámbito de intervención del facultativo, como se ha podido comprobar, se amplía en gran medida, lo que debería paliarse mediante un equipo de apoyo multidisciplinar, el cual contara con mecanismos de gestión extrajudicial de los posibles conflictos que puedan surgir, con el fin de desjudicializar el proceso de las diferentes decisiones, y evitando así la tan denunciada judicialización del ejerci-

cio del poder de autodeterminación del menor de edad en el ámbito sanitario¹¹¹.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la Sanidad y la Biomedicina en España”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, julio, 2015.
- “Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio, 2019.
- ANDREU MARTÍNEZ, M^a. Belén, *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”, *DS: Derecho y Salud*, Vol. 15, Núm. Extra 1, 2007 (Ejemplar dedicado al XV Congreso Derecho y Salud).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Transexualidad y menor de edad”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 112, 2020 (BIB 2020/8083).
- CADENAS OSUNA, Davinia, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.
- “El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el Common Law”, *ADC*, Tomo LXXI, 2018, Fascículo III.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO, *Notas para la construcción jurídica de los llamados “derechos de la personalidad”*, *Libro Homenaje a Beltrán de Heredia y Cas-*

¹¹⁰ En este sentido, DUARTE PINHEIRO, Jorge, *Li-mites ao exercicio das responsabilidades parentais...*, cit., p. 72.

¹¹¹ MARÍN CASTÁN, M^a, Luisa, “La polémica decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”, cit., p. 13.

- taño, Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, Salamanca 1984.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “La capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico: problemas de autonomía e intimidad”, *Rev. Esp. Endocrinol Pediatr*, Vol. 7, 2016.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja, “El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, febrero, 2018.
- DE LA HORRA VERGARA, Natalia, “La incidencia de la Ley 26/2015 en la Ley 41/2002 sobre capacidad de los menores de edad en el ámbito sanitario”, *Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia*, Vol. IV, núm. 1, enero-febrero, 2016.
- DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, <https://www--tirantonline--com.uma.debiblio.com>, TOL889.149.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Transexualidad, minoría de edad, cambio de sexo y cambio de nombre”, *IDIBE*, octubre 8, 2019, <https://idibe.org/tribuna>.
- DÍEZ GARCÍA, Helena, “Comentario art. 154 C.c.”, *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, T.I, Tecnos, Madrid, 2012.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica: comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª. edic., Lex Nova, Valladolid, 2007.
- DUARTE PINHEIRO, Jorge, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança*, Editorial Gestlegal, Coimbra, 2020.
- GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2016.
- GARCÍA ALGUACIL, M^a. José, “Injerencia en el ámbito de los derechos de la personalidad del menor tras las leyes del 2015: ¿autonomía o intervención?”, *El nuevo Régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Mayor del Hoyo, M^a. Victoria (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- GARCÍA GARNICA, M^a. del Carmen, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- GARCÍA RUBIO, M^a. PAZ, “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto, 2020.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2018.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, “Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”, *La Ley*, 1996.
- JORDANO FRAGA, Francisco, “La capacidad general del menor”, *RDP*, 1984.
- JORQUI AZOFRA, María, “Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad en el marco de las decisiones sanitarias”, *Revista de la Facultad de México*, Tomo LXVIII, núm. 272, septiembre-diciembre, 2018, <http://dx.doi.org/10.22201/fer.24488933e.2018.272-1.67621>.
- MARÍN CASTÁN, M^a. Luisa, “La polémica decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso Gard y otros contra el Reino Unido”, *Rev. Bio. y Der.*, 2018, www.bioeticayderecho.ub.edu.

- MORATALLA VALCÁRCCEL, Carlos, “El menor. Un paciente complejo”, www.aeds.or/XXIIIcongreso/ponencias/.
- NEGRI, Stefania, “El consentimiento informado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *JULGAR*, Núm. Especial, 2014.
- OJEDA RIVERO, Rafael, “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, *InDret*, julio, 2015.
- PARRA LUCÁN, M^a. Ángeles, “La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi Civil*, núm. 2/2003, Pamplona, 2003.
- “Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia”, *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Prats Albentosa, Lorenzo (Coord.), Tomo I, Wolter Kluwers/Consejo General del Notariado, Madrid, 2012.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío/RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, “El consentimiento informado de las personas menores de edad en el ámbito de la salud”, *Revista Ius et Praxis*, Año 25, núm. 3, 2019.
- PLAZA PENADÉS, Javier, “La Ley 41/2002, básica sobre Autonomía del Paciente, Información y Documentación clínica”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562, 2002.
- QUINTANA PANTALEÓN, Rosario, “Anticoncepción en la adolescencia”, *Pediatría Integral*, Vol. XXI, núm. 6, julio-agosto, 2017, <https://www.pediatriaintegral.es>.
- REYNAL REILLO, Esperanza, *Cuestiones actuales del consentimiento informado*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2016, <https://dialnet.unirioja.es>.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Francisco Javier/GARCÍA CALVO, Teresa/PÉREZ CÁRCELES, M^a. Dolores/OSUNA, Eduardo, “El menor de edad en el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario”, *DS: Derecho y Salud*, Vol. 26, Núm. Extra 1, 2016 (Ejemplar dedicado a: XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho).
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, “Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2016, (BIB 2016, 862).
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, *Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad*, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Picazo*, Cabanillas Sánchez, Antonio/Caffarena Laporta, Jorge/Miquel González, José M^a./Montés Penadés, Vicente L./Morales Moreno, Antonio M./Pantaleón Prieto, Fernando (Coords.), Tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SANTOS MORÓN, M^a. José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre, Madrid, 2000.
- “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011.
- SEOANE, José Antonio, “La relación clínica en el siglo XXI: cuestiones médicas. Éticas y jurídicas”, *DS: Derecho y Salud*, Vol. 16, núm. 1, enero-junio, 2008.
- TIERNO JIMÉNEZ, Bernabé, *El niño: un modo peculiar de ser persona*, *El menor en la legislación actual*, Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, 1998.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, “El transexualismo primario y su contemplación en el ordenamiento jurídico español”, *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 8, 2010.

VON THUR, Andreas, *Derecho Civil. Teoría general del Derecho civil alemán. Las personas*, Traducción directa del alemán por Tito Ravá, Marcial Pons, Madrid, 1999.