

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES.
SITUACIONES PROBLEMÁTICAS Y EL MENOR MADURO: ESPECIAL
REFERENCIA A LA STC 154/2002

*INFORMED CONSENT OF MINORS. PROBLEMS AND MATURE CHILD: SPECIAL
REFERENCE TO STC 154/2002*

D. BORJA DEL CAMPO ÁLVAREZ

Investigador pre-doctoral del área de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo
campoborja.uo@uniovi.es

RESUMEN: El consentimiento informado es una de las principales garantías de la libertad del individuo en el ámbito médico. El propio paciente tiene la capacidad de decidir sobre sus tratamientos médicos o sus operaciones quirúrgicas. Sin embargo, esta autonomía de la voluntad puede generar situaciones de conflicto, especialmente en casos con pacientes menores de edad.

PALABRAS CLAVE: consentimiento informado; menores; autonomía del paciente; menor maduro.

ABSTRACT: Informed consent is one of the main guarantees of the individual's freedom in the medical field. The patient has the ability to decide on his medical treatments or his surgical operations. However, this autonomy can generate situations of conflict, especially regarding patients under age.

KEYWORDS: informed consent; minors; patient autonomy; mature child.

FECHA DE ENTREGA: 08/09/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO MÉDICO: VISIÓN GENERAL Y MARCO LEGAL.- II. SITUACIONES PROBLEMÁTICAS. SUPUESTOS Y SOLUCIONES SEGÚN LA EMANCIPACIÓN, MADUREZ Y EDAD DEL MENOR.- III. EL MENOR MADURO: ESPECIAL REFERENCIA A LA STC 154/2002.

I. EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO MÉDICO: VISIÓN GENERAL Y MARCO LEGAL.

Durante los últimos tiempos, la voluntad del paciente se ha erigido como el principio inspirador de la legislación española en el ámbito sanitario. En consecuencia, todas las cuestiones médicas –desde la aplicación de un tratamiento hasta el sometimiento a una operación quirúrgica– giran en torno a la propia autonomía y capacidad de decisión de la persona, tema muy controvertido y estudiado por la doctrina¹.

Todo ello supone, por un lado, la consolidación de la plena libertad de una persona para decidir a qué tratamiento está dispuesta a someterse o qué riesgos asume en una determinada intervención quirúrgica. De otro, implica una clara limitación a la intervención de terceros en la conocida como esfera privada del individuo.

Esto último cobra especial trascendencia dada la naturaleza de la cuestión tratada. En último término, se está legislando sobre la vida de las personas, su salud y su integridad física y moral. Cabe recordar, en este punto, su protección constitucional² y la defensa que de estos derechos el Tribunal Constitucional ha realizado a través de una jurisprudencia más que consolidada³.

¹ Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 264-291; BLASCO IGUAL, C.: “El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria”, *Revista de bioética y derecho*, núm. 35, 2015, pp. 32-42; CASANOVA TORRADO, P.: “El consentimiento informado en los menores de edad”, *Revista de derecho*, año 13, núm. 26, 2014, pp. 239-247; DEL RÍO SÁNCHEZ, C.: “El consentimiento informado en menores y adolescentes”, *Informació psicològica*, núm. extra 100, 2010, pp. 60-67; GUÉREZ TRICARICO, P.: *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 29 y ss.; GARCÍA LLERENA, V. M^a: *Una concepción iusfundamental del consentimiento informado: La integridad física en investigación y medicina*, Junta General del Principado de Asturias-Sociedad Internacional de Bioética (SIBI), Gijón, 2012, pp. 11-53.

² Cfr. GARCÍA LLERENA, V. M^a: *Una concepción*, cit., pp. 55-89.

³ SSTC 75/1984, de 27 de junio, sobre la punición de un aborto realizado en el extranjero; la 65/1986, de 3 de junio y la 2/1987, de 21 de enero, sobre aislamiento de presos en celdas; la 89/1987, de 3 de junio, sobre restricción de relaciones sexuales de los reclusos; la 120/1990, de 27 de junio, sobre la huelga de hambre de un miembro de GRAPO; la 137/1990, de 19 de julio y la 11/1991, de 17 de enero (en idéntico sentido que las anteriores); la 7/1994, de 17 de enero, sobre sometimiento obligatorio a investigación de paternidad; la 215/1994, de 14 de julio, sobre la posibilidad de esterilizar incapaces; la 57/1994, de 28 de febrero, sobre registros corporales a

Este reconocimiento de la autonomía y capacidad de decisión del paciente respecto a su situación médica se traduce, a efectos prácticos, en el conocido como consentimiento informado. Fruto de nuestra condición de estado plurilegislativo, existe regulación tanto en el plano estatal como en el plano autonómico⁴. Si bien es de agradecer que la normativa no presente especiales contradicciones entre sí.

En la normativa estatal, el consentimiento informado aparece recogido en el artículo 9 de la ley 41/2002 de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Dicho precepto dificulta, dada su extensión y su mejorable redacción, el estudio del consentimiento informado y, especialmente, cuando el paciente es menor de edad. Conviene, por consiguiente, hacer alguna precisión al respecto.

En primer lugar, si nos encontramos ante un menor incapacitado o, en términos actuales, con la capacidad de obrar modificada habrá que estar a lo dispuesto para esta situación. Por su parte, si el menor tiene dieciséis años cumplidos o está emancipado es él mismo quien debe prestar su consentimiento, con cierta salvedad.

En segundo lugar, puede darse el supuesto de que el menor cuente con menos de dieciséis años. En ese caso, el legislador español señala que es necesario el concurso de decisiones con sus representantes legales. Introduce, sin embargo, una excepción: la suficiente capacidad intelectual y emocional del propio menor. Comparto y suscribo plenamente la opinión de parte de la doctrina de que el sentido dado en esta norma al concepto de capacidad se aleja de la regulación de nuestro Código Civil⁵.

Respecto a los ensayos clínicos y las técnicas de reproducción humana asistida la norma nos remite a la mayoría de edad, con las excepciones derivadas de las disposiciones especiales de aplicación. Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

reclusos; la 37/1989, de 15 de febrero, la 207/1996, de 16 de diciembre y la 234/1997, de 18 de diciembre, sobre intervenciones corporales en el proceso penal (cabello, orina, sangre, examen ginecológico); la 48/1996, de 25 de marzo, sobre libertad condicional por riesgo para la vida e integridad física de un preso; la 166/1996, de 28 de octubre y la 154/2002, de 18 de julio, sobre transfusiones de sangre a testigos de Jehová; la 116/1999, de 17 de junio, sobre la Ley de técnicas de reproducción asistida; las SSTC 119/2001 y 16/2004, sobre el ruido.

⁴ Ley 21/2000, de 29 de diciembre (Cataluña); ley 3/2001, de 28 mayo (Galicia); ley 6/2002, de 15 de abril (Aragón); ley 2/2002, de 17 de abril (La Rioja); ley 5/2003, de 4 de abril (Islas Baleares); ley 8/2003, de 8 de abril (Castilla y León); ley 3/2005, de 8 de julio (Extremadura); ley 3/2009, 11 de mayo (Murcia); ley 5/2010, de 24 de junio (Castilla La Mancha); ley 17/2010, de 8 de noviembre (Navarra); ley 10/2014, de 29 de diciembre (Comunidad Valenciana), entre otras disposiciones normativas.

⁵ Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Consentimiento informado”, cit., p. 268.

Una vez hechas estas someras consideraciones sobre el consentimiento, sería razonable exponer alguna idea en relación con la audiencia de los menores. Esta ley impone que el menor siempre sea oído. Asimismo, se determina que los padres o representantes legales sean informados cuando se trate de una actuación médica de riesgo grave. Esta cláusula parece constituir un límite a la capacidad de decisión del menor de edad mayor de dieciséis años.

Todo este marco legal debe ponerse en relación con las normas autonómicas ya mencionadas. Así como con algunas de carácter nacional y complementario como la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor o la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y, por supuesto, con el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina⁶ (Convenio de Oviedo), entre otros.

Nos encontramos pues ante una situación compleja y casuística, en la que se entremezclan varios sujetos (el propio menor, los padres o representantes legales y el médico o equipo médico responsable) y diferentes intereses, en ocasiones contrapuestos (derecho a la salud, interés del menor, potestad de los padres para decidir...).

Toda la legislación referida no solventa la cuestión con éxito. A mi modo de ver, por un motivo esencial: la introducción de un excesivo número de conceptos jurídicos indeterminados. Esta técnica legislativa, muy propia de nuestro legislador, lleva implícitos los riesgos de que la realidad imponga supuestos no contemplados en la normativa aplicable o que el concepto sea tan abierto que resulte imposible determinar su contenido.

II. LAS SITUACIONES PROBLEMÁTICAS. SUPUESTOS Y SOLUCIONES SEGÚN LA EMANCIPACIÓN, MADUREZ Y EDAD DEL MENOR.

El artículo 9.3 apartado c de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica dispone que “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (...) el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”. Cabe recordar que al artículo 9 de la Ley 1/1996 es el que regula el derecho del menor a ser oído y escuchado en procedimientos administrativos o judiciales.

⁶ Este acuerdo internacional se convirtió en el primer texto jurídico en el plano internacional que conectaba el respeto a la dignidad de la persona, la protección de derechos humanos, la ética y la biomedicina. Fue suscrito por 21 países integrantes del Consejo de Europa y otros 7 participaron como observadores.

De la lectura y análisis del precepto cabe realizar algún tipo de consideración. Es necesario señalar que estas normas han sido modificadas en el año 2015 por la disposición segunda de la ley 26/2015 por la que se modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *A priori*, esta limitada reforma parece una mera variación formal sin incidencia alguna en el fondo del asunto. Sin embargo, a mi modo de ver puede esconder algún cambio de cierta relevancia.

El supuesto contemplado en el artículo conjuga tres elementos importantes. Nos encontramos, en primer lugar, con un menor de edad con una edad inferior a los dieciséis años. En segundo lugar, el menor de edad no se encuentra incapacitado ni emancipado. Finalmente, dicho menor carece de la capacidad intelectual y emocional para conocer el alcance de la intervención. En este caso, la norma determina que sea el representante del menor quien exprese el consentimiento, después de haber escuchado su opinión.

En este punto radica una de las diferencias capitales con la anterior redacción, la cual hacía referencia a la necesidad de oír al menor si tenía doce años cumplidos. La legislación actual parece flexibilizar este criterio al hacer una remisión a la ley 1/1996.

En este texto legal, el menor tiene derecho a ser oído y escuchado independientemente de la edad que tenga (“El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia (...)”, reza su artículo 9.1).

En consecuencia, conforme a la legislación actual el menor de dieciséis años -no emancipado, no incapacitado y sin la capacidad intelectual ni emocional de entender- tiene derecho a ser oído y escuchado. Sin embargo, si se aplicara lo regulado antes de la reforma operada en 2015, el menor solo tendría ese derecho si tuviera doce años cumplidos (“el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos”, afirmaba la antigua dicción del precepto).

Así, el legislador parece querer preservar cierto grado de respeto a la opinión del menor en relación con su situación médica. Comete, por el contrario, la imprudencia de crear la figura del denominado ‘menor maduro’, a la que posteriormente me referiré con más detenimiento.

Por su parte, el artículo 9.4 de la ley 41/2002 afirma que “cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el

consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”.

Son varias las cuestiones susceptibles de interés las que se derivan de esta regla. Por un lado, queda claro que el ámbito subjetivo de aplicación es bien distinto respecto al apartado anterior. Mientras este artículo 9.4 resulta de aplicación para los emancipados y menores de edad mayores de dieciséis años, el artículo 9.3.c está pensando en el menor cuya edad es inferior a los dieciséis años. De otro, queda descartada la aplicación de este precepto para los supuestos de incapacitación, que encajarían en lo dispuesto por el artículo 9.3.b.

Se equipara, además, la situación del menor de edad mayor de dieciséis años con la del menor de edad emancipado. Cuestión que ha suscitado alguna crítica por parte de la doctrina⁷. Bien es cierto que, en términos generales, la situación del menor emancipado y del menor mayor de dieciséis años no es idéntica: el menor emancipado tiene un amplio abanico de facultades, una mayor capacidad para tomar decisiones y no se encuentra bajo la autoridad de sus padres o tutores. Por estas mismas razones, no parece muy adecuado que el legislador haya decidido establecer una regulación común para los menores emancipados o mayores de dieciséis años en relación con su consentimiento en el ámbito médico.

Por consiguiente, se establece que el menor emancipado o mayor de dieciséis años tiene la plena capacidad y autonomía para decidir en relación con su propia salud con una salvedad: la existencia de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor. La anterior redacción daba lugar a una enorme confusión, pues establecía que en estos casos los padres serían informados y que su opinión sería tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Los interrogantes entonces giraban en torno a si este régimen se aplicaba también respecto a los menores emancipados o si solo estaba pensado para los menores de edad mayores de dieciséis años. Con la última reforma, el problema ha quedado solventado y la solución es nítida: ante una situación de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento debe prestarlo el representante legal del menor con la consabida audiencia y conocimiento de su opinión. Ello significa que esta excepción solo resulta operativa para menores de edad mayores de dieciséis años, puesto que los menores de edad emancipados carecen de representante legal⁸.

⁷ Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Consentimiento informado”, cit., pp. 272-273.

⁸ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coord. por María Paz Pous de la Flor, Rosa Adela Leonseguí Guillot, Fátima Yáñez Vivero), Exlibris, Madrid, 2009, pp. 7-18; PARRA LUCÁN, M. Á.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2003, pp. 1901-1930; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 61 y ss.

Por tanto, la existencia de distinto régimen para los menores emancipados y los menores de edad mayores de dieciséis parece respetar, a mi juicio con buen criterio, la idea de que la emancipación implica una mayor autonomía y capacidad decisoria, reconocida judicialmente.

Realmente no tendría mucho sentido, a modo de ejemplo, que un menor de edad de dieciséis años tomara por sí mismo la decisión de ser intervenido de una operación a corazón abierto o de un tratamiento de quimioterapia para la sanación de un cáncer. Tampoco parece que un menor emancipado tuviese la madurez suficiente para enfrentarse a un supuesto de idénticas circunstancias. Mas la intervención de un funcionario público –juez o notario– o la propia voluntad de los padres inherentes a un proceso de emancipación parece erigirse como garantías suficientes sobre la capacidad del menor.

Cabría plantearse si la legislación futura del consentimiento en el ámbito médico va a avanzar en términos similares respecto a los menores mayores de dieciséis años; es decir, si aun existiendo un grave riesgo para la salud del menor éste puede tener la suficiente y necesaria madurez y, por tanto, total autonomía para decidir respecto de su salud.

En mi opinión, cualquier modificación normativa que trate de equiparar, sin excepción o salvedad, la situación de los menores emancipados y los menores mayores de dieciséis años entrañaría importantes riesgos. Se desvirtuaría la figura de la emancipación, tal y como siempre se ha concebido en nuestro ordenamiento, y provocaría, en último término, problemas prácticos de difícil solución.

En la práctica pueden producirse diferentes situaciones problemáticas o de conflicto, derivadas de la divergencia de criterios entre el menor, los representantes legales y el equipo médico. Dos son los factores a tener en cuenta a este respecto: la situación de emancipación y la edad del menor.

En caso de que se produzca una divergencia entre la voluntad del menor y la de sus padres o representantes legales, la solución depende de su edad. Si el menor supera la barrera legalmente establecida de los dieciséis años cumplidos, su voluntad debe ser respetada y tiene libertad para tomar la decisión. Se trata de una autonomía casi plena, ya que la ley prevé (art. 9.4 *in fine*) que la decisión corresponde a los representantes legales, a iniciativa del médico, en supuestos en los que la salud del menor está en riesgo.

En consecuencia, el criterio médico será, en última instancia, el que determine si la decisión corresponde bien al menor bien a sus padres o representantes legales. En esta última situación, el menor tiene derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Evidentemente, si el menor se encuentra en régimen de emancipación no puede existir discrepancia de voluntades alguna puesto que la decisión le corresponde en exclusividad al menor emancipado. Cuestión ésta que no estaba tan clara, como se expuso previamente, con la regulación anterior.

En cambio, si el menor no supera la edad de los dieciséis años cumplidos entra en juego el factor madurez. Si el menor de dieciséis años no es capaz –como afirma el tenor literal de la ley– capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, la decisión le corresponde a sus padres o representantes legales, después de ser oído.

Por el contrario, si el menor de dieciséis es capaz –es un menor maduro– la decisión le corresponde a él, haciendo una interpretación *sensu contrario* del apartado c del artículo 9.3 de la ley 41/2002.

Uno de los principales problemas que pueden observarse en estos supuestos es el de determinar a quién le corresponde valorar la madurez del menor. La ley no establece nada a este respecto y los autores⁹ parecen inclinarse, de forma mayoritaria, a que sean los médicos quienes sean los responsables de la decisión.

Asimismo, otra dificultad que puede encontrarse es la remisión que puede hacer el artículo 9.3.c de la ley 41/2002 al artículo 9 de la ley 1/1996. Este precepto hace alguna referencia a la madurez del menor de edad y, dependiendo de la interpretación que se haga, pueden surgir contradicciones. Sobre este y otros extremos se ahondará con más profundidad cuando se analice la figura del ‘menor maduro’.

III. EL MENOR MADURO: ESPECIAL REFERENCIA A LA STC 154/2002.

La figura del conocido como “menor maduro” es la que plantea mayores dificultades en el ámbito del consentimiento médico por personas menores de edad. Esta circunstancia obedece, fundamentalmente, a que el legislador no ha tenido la capacidad de prever los problemas que este concepto jurídico indeterminado podría plantear en el terreno práctico.

Cabe recordar que el artículo 9.3 apartado c de la ley 41/2002 establece que “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (...) el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a

⁹ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A.: *Consentimiento sanitario de menores. Reformas legales* (revisión y actualización de El consentimiento informado de los menores e incapaces. Su normativa legal y su interpretación jurisprudencial en Informar para consentir. Responsabilidad del Médico, Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz, 2013, págs. 44 y ss.); ROMEO MALANDA, S.: “Minoría de edad y consentimiento médico en la ley 41/2002”, *Actualidad de Derecho sanitario*, núm. 102.

lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”. Son varios los aspectos controvertidos que giran en torno a la redacción de este precepto.

Si se realiza una interpretación *sensu contrario* de esta regla puede concluirse que el paciente menor –incluso por debajo de los 12 y 16 años, es decir, independientemente de su edad- capaz intelectualmente y emocionalmente prestará el consentimiento por sí mismo. Las dos primeras cuestiones problemáticas es saber qué se entiende por capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de la intervención y según qué criterio se va a valorar esa capacidad.

Evidentemente, no existe disposición legal alguna que establezca algún tipo de aclaración a este respecto. Es cierto que se puede teorizar y definir de diferente forma y manera este concepto; sin embargo, considero que todo este tipo de esfuerzos doctrinales o normativos pueden resultar, hasta cierto punto, estériles. Lo más razonable es ajustar este concepto a las características y circunstancias del caso: no todas las intervenciones médicas son igual de complejas, tanto en términos semánticos como estrictamente médicos.

En consecuencia, la capacidad intelectual y emocional del menor de comprender el alcance de la intervención variará según cada caso y dependerá, en último término, de las características de la intervención. Por tanto, es el proceso médico, al que el menor tiene que someterse, el eje en torno a lo que debe girar su capacidad para entenderlo y tomar una decisión. No todas las situaciones médicas son iguales ni requieren el mismo nivel intelectual para conocer sus pormenores y riesgos.

A este respecto, la Fiscalía General a través de una Circular del año 2012 trató de abordar el asunto haciendo alguna aclaración sobre las pautas de valoración de la madurez. Así, dicha circular estima que “(...) que 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”. Criterio que, como ya se puso de manifiesto con anterioridad, parece el más razonable.

Respecto a esas pautas concretas, la Fiscalía General señala que “la primera es que la capacidad del menor debe ser evaluada siempre a efectos de tomar debidamente en cuenta sus opiniones (...). La evaluación deberá verificar si hay, en la persona y caso concreto, una mínima racionalidad de la opinión u opción, de forma de que el deseo expresado sea congruente con los fines contemplados (...) y razonablemente realizables en el marco de su realidad personal”.

Se inclina, en consecuencia, por un criterio más bien relativista dejando al margen grandes soluciones generales. La clave es comprobar si, en cada caso y persona en concreto, existe una mínima racionalidad de la opinión.

Continúa la Circular diciendo que “la segunda [de las pautas de valoración de la capacidad o madurez del menor] es que 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. 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”.

Esta segunda pauta presenta, en mi opinión, un razonamiento de lo más correcto. No todos los menores por tener una determinada edad presentan el mismo nivel de madurez. A modo de ejemplo, un menor de 15 años puede presentar una nula capacidad emocional e intelectual para entender una determinada situación. Sin embargo, puede suceder que un menor de 11 años reúna, por las razones que fuesen, las condiciones necesarias para emitir un juicio maduro racional. Sobre este punto se ahondará más adelante, cuando se aborde la remisión que el artículo 9.3.c de la ley 41/2002 hace al artículo 9 de la ley 1/1996.

La tercera, continúa la Fiscalía General, “es que debe atenderse a los efectos de la cuestión a decidir en la vida del menor. Cuanto más trascendentes o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será evaluar correctamente la madurez y más rigurosa deberá ser la apreciación de sus presupuestos”. Por consiguiente, se establece una lógica relación directamente proporcional entre la trascendencia de la decisión y la rigidez a la hora de determinar si el menor presenta esa necesaria madurez. Algún estudio doctrinal ha realizado una clasificación muy interesante¹⁰.

El segundo punto controvertido es el que se refiere a quién está legitimado para valorar esas condiciones. Se ha señalado por algunos autores que es el facultativo médico el responsable de valorar la madurez y la capacidad intelectual y emocional del menor en cada caso¹¹; otros, sin embargo, consideran que esta valoración le corresponde a los propios padres o representantes legales del menor¹².

Ambas posturas no parecen ofrecer quizás las soluciones más idóneas para este tipo de situaciones. La primera de ellas –que hace recaer el peso de la valoración de la madurez del menor en el médico– tiene como principal inconveniente que el facultativo puede no tener los conocimientos o destrezas necesarias para ello.

¹⁰ Cfr. FERREIRÓS MARCOS, C. E.: *Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado*. Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal, V-2002, pp. 698-707.

¹¹ Cfr. ESQUERDA ARESTÉ, M. PIFARRÉ PARADERO, J. MIQUEL FERNÁNDEZ, E.: “La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven”, *Anales de Pediatría Continuada*, 2013, pp. 204-211.

¹² Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 185.

Por ejemplo, a un médico cardiólogo le presuponemos su pericia para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades de esa especialidad. En cambio, es posible que para valorar emocional o intelectualmente a un paciente se requieran conocimientos más propios de un psicólogo. Procede recordar que, en estos casos, nos encontramos ante problemas de personas menores de edad, con las especialidades y circunstancias propias que ello conlleva.

Por su parte, que sean los padres o representantes legales quienes valoren si su hijo menor de edad es maduro o no para tomar una decisión de estas características tampoco parece lo más razonable. Es una cuestión en la que la valoración subjetiva tiene bastante peso. Además, los conflictos de intereses entre padres e hijos, por los motivos que fuesen, pueden suponer muy directamente el agravamiento del problema.

A mi modo de ver, lo más razonable es que la decisión sobre si un menor de 16 años es ‘maduro’ recaiga sobre un equipo médico especializado, es decir, sobre 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.

El tercero de los puntos controvertidos es respecto a la validez del consentimiento de los menores sobre una intervención médico. A la luz de lo dispuesto por esta Ley y en consonancia con el artículo 162.1º del Código Civil parece que el consentimiento del menor es válido a estos efectos, como así se desprende de la voluntad del legislador. Se trata pues de una mera opción legislativa.

Así, lo más lógico es pensar que esta validez depende de las consecuencias de su decisión y que, por supuesto, está sometido a limitaciones. El Tribunal Constitucional así lo puso de manifiesto en varios pronunciamientos, entre ellos, en la célebre STC 154/2002 cuyo análisis se realizará en líneas siguientes.

Otra cuestión no pacífica es la remisión del artículo 9.3.c de la ley 41/2002 al artículo 9 de la ley 1/1996, el cual, regula el derecho del menor a ser oído y escuchado. El apartado dos dispone que “se considera, en todo caso, que [el menor] tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos”. No queda claro, en consecuencia, si al tener doce años cumplidos se considera que el menor ya es maduro y, por tanto, tiene esa capacidad emocional e intelectual para conocer el alcance de la intervención médica o si es maduro para ser oído y escuchado.

Dependiendo de la interpretación que se haga sobre estos dos preceptos podría incurrirse en cierta contradicción. La teoría más sólida es pensar que el legislador remite al artículo 9 de la ley 1/1996 sólo en cuanto al derecho a ser oído y escuchado y no en términos generales. No obstante, la referencia a la madurez —a modo de regla general, como se hace en este segundo apartado— introduce un elemento ciertamente confuso a un debate ya bastante complejo. En cualquier caso,

mi opinión gravita sobre la idea de que la madurez de un menor no puede hacerse depender única y exclusivamente del factor edad.

Finalmente, sobre la validez del consentimiento del menor en el ámbito médico y sus límites es preceptivo hacer un estudio más sosegado. Esta cuestión, entre otras, fue abordada por la STC 154/2002 de 18 de julio, conocida como la sentencia de los Testigos de Jehová o de las transfusiones de sangre.

En primer lugar, cabe hacer mención a datos de interés sobre el *factum* del caso y su íter jurisprudencial. El Juzgado de Instrucción de Fraga tramitó sumario, por el procedimiento ordinario por el fallecimiento del menor Marcos Alegre Vallés, en el que, abierto el juicio oral, fueron acusados los padres del menor y recurrentes en amparo ante el TC.

La Audiencia Provincial de Huesca dictó Sentencia con fecha 20 de noviembre de 1996, cuyo pronunciamiento es del tenor literal siguiente: “Que debemos absolver y absolvemos libremente a los acusados Pedro Alegre Tomás y Lina Vallés Rausa del delito que se les venía imputando, dejando sin efecto cuantas medidas, personales y reales, se han acordado en esta causa, y en sus piezas, contra sus personas y contra sus bienes, declarando de oficio el pago de las costas causadas”. Se les acusaba, en concepto de autores, por un delito de homicidio por omisión (previsto y penado en el artículo 138, en relación con el artículo 11, ambos del Código penal de 1995), en la que concurrían otras circunstancias atenuantes y agravantes.

En dicha sentencia, quedaron como hechos probados Pedro Alegre Tomás, agricultor, y su esposa Lina Vallés Rausa, residían en Ballobar (Huesca) junto con su hijo Marcos Alegre Vallés, quien entonces tenía trece años de edad. El 3 de septiembre de 1994, el menor tuvo una caída con su bicicleta, ocasionándose lesiones en una pierna, sin aparente importancia. El 6 de septiembre, sangró por la nariz, siendo visto, a petición de sus padres, por un ATS que no le dio tampoco más importancia; El 8 de septiembre sangró con más intensidad, poniéndose pálido, por lo que su madre lo llevó a la Policlínica que sanitariamente les correspondía, la de Fraga (Huesca) donde aconsejaron el traslado del menor al hospital Arnau de Lérida, traslado que hicieron con su hijo ese mismo día.

Los médicos del centro, tras las pruebas que estimaron pertinentes, detectaron que el menor se encontraba en una situación con alto riesgo hemorrágico prescribiendo para neutralizarla una transfusión de sangre. Los padres del menor trasladaron, educadamente, que su religión no permitía la aceptación de una intervención médica de este tipo y que, en consecuencia, se oponían a la misma. Solicitaron, a su vez, que al menor le fuera aplicado algún tratamiento alternativo distinto a la transfusión.

Los médicos les informaron de que no conocían ningún otro tratamiento. Los padres solicitaron entonces el alta de su hijo para ser llevado a otro centro donde se le pudiera aplicar un tratamiento alternativo. El centro hospitalario denegó la petición de alta por considerar que con ella peligraba la vida del menor, que también profesaba la misma religión que sus progenitores.

Para proceder a realizar la transfusión, se solicitó autorización el día 9 de septiembre al Juzgado de guardia. Una vez dada la autorización judicial para la transfusión, los padres acataron la decisión del Juzgado, que les fue notificada. Los médicos se dispusieron a realizar la transfusión. Sin embargo, el menor, de trece años de edad, sin intervención alguna de sus padres, la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente para su salud.

Los médicos desistieron de la realización de la transfusión procurando repetidas veces, convencer al menor para que la consintiera. El personal sanitario pidió a sus padres que trataran de convencer al niño, los cuales no accedieron a ello pues consideraban, conformen que su religión no autorizaba la práctica de una transfusión de sangre, aunque estuviera en peligro la vida.

Tras observar la imposibilidad de realizar la transfusión y sin tratamiento alternativo alguna, los médicos le concedieron el alta voluntaria para que el menor pudiera ser llevado a otro centro en busca del repetido tratamiento alternativo. El 9 de septiembre, los padres llevaron a su hijo a su domicilio, continuando con las gestiones para localizar al nuevo especialista, concertando finalmente con él una cita para el 12 de septiembre en el Hospital Universitario Materno-infantil del Vall D'Hebrón de Barcelona.

En dicho hospital el niño fue reconocido en consulta, considerando urgente nuevamente la práctica de una transfusión para neutralizar el riesgo de hemorragia y anemia y proceder, a continuación, a realizar las pruebas diagnósticas pertinentes para determinar la causa de sus dolencias e iniciar luego su tratamiento.

Tanto los padres como el mismo menor manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar una transfusión, firmando ambos acusados un escrito en dicho sentido. Tras este episodio y antes de acudir a su domicilio, se trasladaron con él al Hospital General de Cataluña, centro médico privado, en el que los médicos expresaron la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, que fue nuevamente rechazada por los acusados y por su hijo, por sus convicciones religiosas.

El 13 de septiembre llegaron a su domicilio. El menor contó con la asistencia médica de las visitas del médico titular de Ballobar. El 14 de septiembre el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca) tras recibir un escrito del Ayuntamiento de Ballobar informando sobre la situación del menor, acompañado con un informe emitido por el médico titular ese mismo día), tras oír telefónicamente al Ministerio Fiscal, dispuso mediante Auto, autorizar la entrada en el domicilio del menor para que el mismo recibiera la asistencia médica que precisaba.

El menor, acompañado por la fuerza pública, fue conducido en ambulancia al Hospital de Barbastro, donde llegó en coma profundo, totalmente inconsciente, procediéndose a la realización de la transfusión ordenada judicialmente, sin contar con la voluntad de los padres. Posteriormente, el niño fue trasladado, por orden

médica, al Hospital Miguel Servet de Zaragoza. Finalmente, el menor falleció el 15 de septiembre de 1994.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de Ley contra la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 20 de noviembre de 1996. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 27 de junio de 1997, estimó el recurso, casando y anulando la Sentencia impugnada. A continuación, mediante una segunda Sentencia de igual fecha, condenó a los padres del menor como autores responsables de un delito de homicidio. Tras la publicación y conocimiento de este fallo, los padres del menor interpusieron un recurso amparo ante el Tribunal Constitucional invocando la lesión de los derechos fundamentales a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) y a la integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano o degradante (art. 15 CE).

Una vez aclaradas estas cuestiones, procede ahondar sobre los razonamientos jurídicos efectuados a lo largo de esta sentencia. En el FJ 7º, el Tribunal Constitucional señala que “el art. 16 CE reconoce la libertad religiosa, garantizándola tanto a los individuos como a las comunidades, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (art. 16.1 CE)”.

“El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4)”.

De estas dos afirmaciones anteriores, puede observarse que el grado de protección de este derecho es amplio y que solo el orden público, el respeto a los derechos fundamentales y a otros bienes jurídicos protegidos juegan como límite.

Recuerda el TC que la libertad religiosa, “en su dimensión objetiva, (...) comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias (...)”.

Respecto a la configuración de la libertad religiosa “en cuanto derecho subjetivo (...) tiene una doble dimensión, interna y externa. (...) Garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual” (STC 177/1996, FJ 9) y asimismo, ‘junto a esta dimensión interna, (...) incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros’ (SSTC 19/1985, FJ 2; 120/1990, FJ 10, y 137/1990, FJ 8)”.

Continúa el Tribunal con su razonamiento afirmando que “la dimensión externa de la libertad religiosa se traduce además ‘en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso’ (STC 46/2001)”. Como se aprecia, esta sentencia del Tribunal Constitucional tiene una gran carga doctrinal y es sumamente clarificadora en cuanto al contenido y límites de la libertad religiosa.

Reconoce, en primer lugar, la titularidad del menor de la libertad religiosa —algo sobre lo que, en mi opinión, no albergaba duda alguna— con base en las SSTC [215/1994](#), de 14 de julio; [260/1994](#), de 3 de octubre; [60/1995](#), de 17 de marzo; [134/1999](#), de 15 de julio y en la STEDH de 23 de junio de 1993 (caso Hoffmann), así como en el art. 14 de la Convención de derechos del niño y en el art. 6 de la ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor.

Respecto al significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico, se señala que “no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza (...) que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa (...)”. En cualquier caso, se afirma que “la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos (...) habían de adoptar”.

Pese a ello, “la reacción del menor a los intentos de actuación médica descrita en el relato de hechos probados— pone de manifiesto que había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial”.

Concluye, con gran esfuerzo didáctico, el Tribunal indicando en el FJ 12º “que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión”.

En el fallo se opta por “reconocer que a los recurrentes en amparo se le ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE)” y restablecer en su derecho a los recurrentes en amparo y anular las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 1997.

Así pues, en estos razonamientos se muestran serias dudas respecto a la madurez del menor para tomar una decisión de este calibre, lo cual, legitimaría la posible responsabilidad de los padres a este respecto. Sin embargo, el Constitucional niega la misma aludiendo el respeto de los padres a la decisión judicial respecto a la

transfusión, cuya actitud fue respetuosa con el derecho a la vida del menor. En consecuencia, parece que el espíritu del fallo de la sentencia pretende evitar más padecimientos a unos padres que ya han sufrido la pérdida de su hijo.

BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015.

BLASCO IGUAL, C.: “El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria”, *Revista de bioética y derecho*, núm. 35, 2015.

CASANOVA TORRADO, P.: “El consentimiento informado en los menores de edad”, *Revista de derecho*, año 13, núm. 26, 2014.

DEL MORAL GARCÍA, A.: *Consentimiento sanitario de menores. Reformas legales* (revisión y actualización de El consentimiento informado de los menores e incapaces. Su normativa legal y su interpretación jurisprudencial en Informar para consentir. Responsabilidad del Médico), Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz, 2013).

DEL RÍO SÁNCHEZ, C.: “El consentimiento informado en menores y adolescentes”, *Informació psicològica*, núm. extra 100, 2010.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

ESQUERDA ARESTÉ, M. PIFARRÉ PARADERO, J. MIQUEL FERNÁNDEZ, E.: “La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven”, *Anales de Pediatría Continuada*, 2013.

FERREIRÓS MARCOS, C. E.: *Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado*. Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal, V-2002.

GUÉREZ TRICARICO, P.: *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

GARCÍA LLERENA, V. M^a.: *Una concepción iusfundamental del consentimiento informado: La integridad física en investigación y medicina*, Junta General del Principado de Asturias-Sociedad Internacional de Bioética (SIBI), Gijón, 2012.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coord. por María Paz Pous de la Flor, Rosa Adela Leonseguí Guillot, Fátima Yáñez Vivero), Exlibris, Madrid, 2009.

PARRA LUCÁN, M. Á.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2003.

ROMEO MALANDA, S.: “Minoría de edad y consentimiento médico en la ley 41/2002”, *Actualidad de Derecho sanitario*, núm. 102.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.