

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

INSTITUT DE DRETS HUMANS

PROGRAMA DE DOCTORADO

DERECHOS HUMANOS DEMOCRACIA Y JUSTICIA INTERNACIONAL

TESIS DOCTORAL



**Consentimiento informado,
madurez del menor de edad y derechos humanos**

Presentada por:

María Clara Blasco Igual

Dirigida por:

María José Añón Roig

2015

AGRADECIMIENTOS

A la Doctora María José Añón Roig, por aceptar que esta tesis doctoral se desarrollara bajo su dirección, así como por el apoyo y la dedicación que ha brindado a este trabajo.

Al Doctor Roberto Andorno, por la orientación y la atención prestada a mis consultas.

A Vitín, por su paciencia, comprensión y por la solidaridad continua en este proyecto.

A Lorena, Sara, Rocío, Laura, MariLuz, Pablo y Andrés, por su interés constante y por sus palabras de aliento.

A Fernando, Carlos, Joaquín, Vicent, César, Chulvi, Maribel, Merche y Ainhoa, por el apoyo moral en las largas horas de estudio conjunto en la biblioteca de Tarongers.

A mi madre, padre y hermano, por el gran ejemplo que son, por su apoyo e inspiración.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
INTRODUCTION	9
PARTE 1	15
CAPITULO I: TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MINORÍA DE EDAD A TRAVÉS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	17
1. LA MINORÍA DE EDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	20
1.1 Instrumentos internacionales de reconocimiento de derechos y libertades del niño. La entrada en escena del interés superior del niño.	21
1.1.1 Instrumentos de protección de ámbito universal	21
1.1.1.1 La Declaración de los Derechos del Niño de 1924.....	22
1.1.1.2 La Declaración de los Derechos del Niño de 1959.....	24
1.1.1.3 La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.....	25
1.1.2 Instrumentos de protección de ámbito regional Europeo.	30
1.2 Aportaciones al interés del menor como cláusula general	36
1.3 Interpretación del interés superior del menor en la jurisprudencia europea	49
2. LA MINORÍA DE EDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL	57
2.1 La protección de la infancia en la legislación española a través del interés superior del menor	58
2.1.1 La protección constitucional a la infancia, (Art. 39 Constitución Española)	59
2.1.2 La patria potestad en beneficio de los hijos, (Art. 154 Código Civil) ..	64
2.1.3 El despliegue del principio del interés superior del menor: la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996	68
2.1.4 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.	72
2.2 Interpretación doctrinal del interés superior del menor	74

2.3	Interpretación del interés superior del menor en la jurisprudencia española	84
3.	CONSIDERACIONES FINALES	90
CAPITULO II: EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD		
		93
1.	TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	93
1.1	La capacidad jurídica y la capacidad de obrar.	94
1.2	La capacidad de obrar en el período de la minoría de edad. Posiciones doctrinales.	97
2.	LA ACTUACIÓN DE LOS REPRESENTANTES LEGALES EN LA ESFERA PERSONAL: ALCANCE Y LÍMITES	105
2.1	Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.	108
2.1.1	Actos que el menor puede realizar de acuerdo con las leyes y las condiciones de madurez.	111
2.1.2	Actos relativos a los derechos de la personalidad en los que las condiciones de madurez son vinculantes.	113
2.2	Actos en los que existe un conflicto de intereses entre los padres y el hijo.	121
3.	CONSIDERACIONES FINALES	126
PARTE 2		129
CAPÍTULO III. LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO		
		131
1.	AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE	133
2.	MARCO JURÍDICO DE LA INFORMACIÓN EN LA RELACIÓN CLÍNICA	142
2.1	Sujetos titulares de la información en la relación clínica.	143
2.1.1	Generalidades.	145

2.1.2	El profesional de la salud como sujeto emisor de la información	147
2.1.3	El paciente como sujeto receptor de la información.....	154
2.2	Tipos de información sanitaria.....	156
2.2.1	Información clínica	157
2.2.2	Información asistencial	157
2.2.3	Información epidemiológica	157
2.2.4	Información terapéutica	158
2.3	Elementos de la información.....	158
2.3.1	Forma de la información.....	158
2.3.2	Tiempo de la información.....	159
2.4	Contenido de la información.....	160
2.4.1	Contenido ordinario de la información.....	161
2.4.2	Contenido asistencial y satisfactivo	166
2.4.3	Alcance del derecho a la información.....	170
2.4.3.1	La falta de información personal de la salud individual.....	172
2.4.3.2	La falta de información pública de la salud colectiva.....	179
2.5	Límites del derecho a la información.....	183
3.	PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	186
3.1	Titular del consentimiento informado	187
3.2	Forma del consentimiento informado	187
3.3	Contenido del consentimiento informado	191
3.4	Limites del consentimiento informado.....	193
4.	CONSIDERACIONES FINALES.....	195
CAPITULO IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA MINORÍA DE		
EDAD.....		
		201
1.	MARCO JURÍDICO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL	
PERÍODO DE LA MINORÍA DE EDAD.....		207

1.1	Delimitación de edades	211
1.2	Limitaciones al ejercicio de los derechos del menor de edad	214
2.	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD CON MADUREZ RECONOCIDA	217
2.1	La madurez para actuar autónomamente en el ámbito de la salud.....	219
2.2	Determinación de la madurez para actuar en el ámbito de la salud	230
3.	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DEL MENOR DE EDAD	233
3.1	Pautas básicas de actuación de los representantes legales del menor de edad 234	
3.2	Propuesta de consentimiento informado escrito en representación	241
4.	CONSIDERACIONES FINALES.....	245
CAPÍTULO V. TRATAMIENTOS MÉDICOS E INTERVENCIONES SANITARIAS EN PACIENTES MENORES DE EDAD: SUPUESTOS PARTICULARES.....		
1.	VACUNACIÓN SISTEMÁTICA	260
1.1	El menor de edad maduro.....	261
1.2	El menor de edad no maduro.....	263
1.3	El caso de la vacunación forzosa como medida preventiva sanitaria de protección de la salud colectiva.....	266
2.	INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.....	278
2.1	La menor de edad madura	281
2.2	La menor de edad madura	283
3.	TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES.....	284
3.1	La menor de edad madura	289
3.2	La menor de edad no madura	296
4.	TRANSFUSIONES DE SANGRE DE LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ ...	297
4.1	El menor de edad maduro.....	306

4.2	El menor de edad no maduro.....	310
5.	CIRCUNCISIÓN	314
5.1	El menor de edad maduro.....	321
5.2	El menor de edad no maduro.....	323
6.	INSTRUCCIONES PREVIAS	326
6.1	El menor de edad maduro.....	333
6.2	El menor de edad no maduro.....	333
	CONCLUSIONES.	335
	CONCLUSIONS	347
	BIBLIOGRAFÍA	359

ABREVIATURAS

AAP	Academia Americana de Pediatría
ART	Artículo
ARTS	Artículos
CC	Código Civil
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDÑ	Carta Europea de los Derechos del Niño
CSE	Carta Social Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convención de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CEDHLF	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
DIT	Defining Issues Test
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
LAP	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
LGSP	Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública
LOPD	Ley Orgánica 15/ 1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPDH	Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LOSP	Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública
LOSSRIVE	Ley Orgánica 2/2010, de 3 marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria de Embarazo
OMS	Organización Mundial de la salud
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
RLOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, los derechos de los pacientes han experimentado una importante evolución. El nacimiento de los citados derechos es de difícil determinación. No obstante, es incuestionable que el reconocimiento de los derechos humanos supone un avance fundamental en el de los pacientes. Por ello, la situación referida conlleva a vincular el despliegue de los primeros con el desarrollo de los segundos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido un documento decisivo porque ha supuesto el reconocimiento global de los derechos inherentes del individuo. A partir de ese momento, la dignidad como fundamento y la libertad e igualdad como valores, han constituido la base para la consolidación de los derechos de la persona, entre ellos, los de los pacientes. Sin duda, este logro ha sido fruto de una aprobación continua de Pactos, Cartas y otros instrumentos legales que han promovido la inclusión progresiva de los mismos en el ámbito interno de numerosos países, como en España.

Desde entonces hasta ahora se han producido diversas transformaciones. En el contexto sanitario, la más significativa se ha manifestado en el cambio de relación clínico asistencial puesto que tradicionalmente, la profesión de la salud ha seguido el denominado modelo paternalista y a través de la evolución normativa mencionada a grandes rasgos, se ha ido dando prioridad a un modelo basado en el respeto de la autonomía individual. De este modo, la relación preponderante en el pasado ha sufrido un giro sustancial en cuanto a su configuración, ya que el paternalismo dominante se ha ido reconduciendo paulatinamente hacia un sistema más igualitario que hunde sus raíces en una corresponsabilidad entre el profesional de la salud y el paciente o usuario.

Así las cosas, el hecho de que la autodeterminación personal se consagre como uno de los pilares fundamentales en los principales textos internacionales de derechos humanos, junto con el compromiso que los Estados han mostrado en esta materia, ha propiciado que uno de los aspectos más importantes de la relación clínico asistencial sea la toma de decisión. Es más, en la actualidad, se puede afirmar que la figura jurídica del consentimiento informado ha pasado a ser uno de los principales protagonistas.

A nivel nacional, el gran avance legislativo y la consolidación del consentimiento informado se produce con la entrada en vigor de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, también denominada como ley de la autonomía de la voluntad del paciente. La citada norma, no sólo reconoce la institución mencionada, sino que al mismo tiempo introduce y garantiza los derechos, deberes y obligaciones relativos a la relación clínico asistencial en el ámbito estatal.

La relevancia del consentimiento informado radica en el respeto de la autodeterminación individual del paciente en el proceso de toma de decisión sobre la salud. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en la práctica existen supuestos en los que su ejercicio no es expresión directa de la autonomía personal. El ejemplo más claro es el del paciente menor de edad. A primera vista, la norma reconoce la posibilidad de que la toma de decisión se lleve a término mediante representación legal, es decir, a través de un tercero. Sin embargo, la situación referida plantea los siguientes interrogantes; Si el menor es titular de derechos, ¿Existe la posibilidad de que pueda ejercerlos? O por el contrario, cuando el paciente es menor de edad, ¿consiente en todo caso un tercero en representación?, Asimismo, en la emisión del consentimiento a favor del niño ¿Hay pautas legales de actuación? Y en conclusión; ¿Cuál es el marco de ejercicio del consentimiento informado en el período de la infancia?

Las cuestiones planteadas requieren una respuesta desde la perspectiva legal, de manera que, a raíz de lo indicado, surge el interés en estas líneas de resolver tales interrogantes. Así, el presente trabajo de investigación analiza la toma de decisión. Concretamente, el ejercicio del consentimiento informado cuando el paciente es un menor de edad.

El consentimiento informado en la minoría de edad está regulado en la ley relativa a la autonomía de la voluntad del paciente, la cual, introduce en nuestro ordenamiento jurídico una figura novedosa, la del “menor maduro”. Ésta, hace referencia a la persona que sin haber cumplido la mayoría de edad, posee capacidad suficiente para decidir sobre cuestiones que conciernen a su salud. Ahora bien, el tenor literal de la norma ha suscitado diversas interpretaciones entorno a la emisión del consentimiento informado.

Y dicha situación conlleva a plantearse la siguiente cuestión clave ¿En el supuesto concreto, a quién corresponde la toma de decisión si el paciente es un menor de edad?

Para dar respuesta a estas preguntas, el contenido del estudio se ha estructurado en dos partes. Esto es así porque el tratamiento de la minoridad en el contexto de salud abarca un ámbito jurídico extenso. Por ello, el desarrollo presentado a continuación se lleva a cabo a través de un análisis pormenorizado desde la perspectiva de tres ramas del Derecho: El derecho constitucional, el derecho civil y la rama de filosofía del derecho.

La Parte I presenta una amplia panorámica sobre los aspectos más destacados de la situación jurídica de la infancia desde los últimos años del siglo XX, hasta los transcurridos del siglo XXI, ya que durante el período indicado, se pone de manifiesto un cambio en la relación paterno-filial y en la concepción del menor de edad.

Tras una larga evolución social y jurídica, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, representa el punto de partida de la transformación anotada porque conjuga los derechos humanos con los derechos de los niños y a su vez, reconoce la figura del menor de edad como sujeto de derecho y persona en desarrollo. Este hecho, marca el origen de otros acontecimientos en los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico, como en el sanitario. Por lo tanto, la Parte I aborda el tratamiento jurídico concedido al niño desde las últimas décadas hasta la actualidad. Está dedicada, pues, al estudio de los aspectos relacionados con la representación legal, el interés superior del menor y la capacidad de obrar en el ejercicio de los derechos. En vista de la amplitud de esta materia, el análisis referido se ha estructurado en dos capítulos.

El capítulo I tiene por nombre “Tratamiento jurídico de la minoría de edad a través del interés superior del menor”. El contenido de este capítulo aborda el marco jurídico del menor de edad desde una perspectiva analítica. De manera que sintetiza y describe la situación del niño en el ámbito internacional y nacional. Concretamente, el desarrollo está anclado en el ejercicio de la patria potestad a través del interés superior del menor.

La perspectiva de estudio aportada tiene su justificación en dos premisas. De un lado, en la consideración de que el niño, con carácter general y salvo situaciones excepcionales, experimenta su desarrollo evolutivo en el ámbito familiar y de otro, en la consideración de que el interés del menor constituye, hoy, un principio prioritario que no sólo involucra a todos sino que además, se aplica ante cualquier situación.

A continuación, el capítulo II, bajo la rúbrica “El ejercicio de los derechos del menor de edad”, estudia la capacidad jurídica y la capacidad de obrar en la minoría de edad para poder examinar, con posterioridad, la titularidad y ejercicio de los derechos de la personalidad del niño. El objetivo de este capítulo es corroborar que a día de hoy, el niño no es un sujeto incapaz sino que tiene una capacidad de obrar limitada. Y a raíz de esta idea se plantea, pues, las modalidades de ejercicio de sus derechos fundamentales puesto que de este modo, se puede delimitar el alcance y los límites de la actuación de los representantes legales. A partir de este punto, se asientan unas bases con anclaje jurídico para resolver los interrogantes planteados en este estudio.

Analizado lo anterior, la Parte II se dedica a constatar el ejercicio de los derechos, concretamente, el del consentimiento informado cuando el paciente es un niño. El tratamiento del consentimiento informado en la infancia y adolescencia, abarca desde las cuestiones más generales relacionadas con los presupuestos jurídicos de la institución en abstracto hasta las más específicas, que son, las relativas a la emisión de la voluntad en el supuesto concreto. A tales efectos, se ha considerado apropiado estructurar el contenido de la segunda parte de la investigación en tres capítulos.

El capítulo III, bajo la rúbrica “Configuración jurídica del consentimiento informado”, examina la normativa relativa al consentimiento informado. A este respecto hay que tener en cuenta que la línea que configura el contenido del consentimiento informado en el marco del derecho comparado es de carácter jurisprudencial. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español, no comienza a constatarse el nuevo modelo de relación clínica hasta la aprobación de la Constitución Española y con posterioridad, en la norma específica en la materia, es decir, en la ley de la autonomía de la voluntad del paciente. Esto significa que en el orden interno se puede ubicar la génesis del consentimiento informado en el derecho positivo y por lo tanto, se puede afirmar que es

fundamentalmente de carácter normativo. Por ello, el análisis del capítulo se plantea desde la perspectiva analítico descriptiva de la ley relativa al consentimiento informado.

Así, tras una aproximación a la autonomía de la voluntad del paciente en la toma de decisiones sanitarias sobre la propia salud, se examina de forma individualizada dos derechos considerados como fundamentales entorno a la emisión de un consentimiento informado válido en el marco de la relación clínica: información y consentimiento.

El capítulo IV tiene por título “El consentimiento informado en la minoría de edad”. El capítulo ofrece un marco teórico sobre consentimiento informado cuando el sujeto al que se aplica un tratamiento o intervención es una persona menor de edad. Hay que mencionar que el tratamiento jurídico de la minoría de edad en relación con la emisión del consentimiento informado se encuentra condicionado por la evolución del niño durante el período de la infancia. Por ello, este capítulo examina los distintos escenarios en los que se ejerce el consentimiento informado cuando el paciente es una persona menor de edad y a su vez, establece unas pautas de actuación para el caso en que el consentimiento informado es ejercido a través de representación legal.

En este punto es importante tener en cuenta que la prestación del consentimiento informado cuando el paciente es un niño, es un proceso complejo, porque existe la posibilidad de aparezcan implicados varios sujetos en la toma de decisión: el menor, los representantes, el profesional sanitario e incluso el Estado. Así, el objetivo específico es determinar cuándo un menor puede actuar por sí mismo y cuándo en representación.

Sentadas las bases que preceden, el capítulo V de la Parte II tiene por título “Tratamientos médicos e intervenciones sanitarias en pacientes menores de edad: supuestos particulares”. Este capítulo aborda seis supuestos específicos considerados como controvertidos en relación a la toma de decisión en el área sanitaria.

En el marco de las decisiones sanitarias se han presentado numerosas situaciones polémicas que han generado un importante grado de debate. En estas líneas, teniendo en cuenta la diversidad de casos y circunstancias, se ha seleccionado y analizado seis

supuestos particulares: la inmunización de la infancia, la interrupción voluntaria del embarazo, la intimidad en el tratamiento de los datos personales sobre la salud, la circuncisión, el rechazo del tratamiento vital y la emisión de la voluntad de forma anticipada, es decir, a través del empleo del documento de instrucciones previas.

Los casos tratados han sido elegidos por las particularidades que presentan. Es decir, del abanico de posibilidades teóricas, se han seleccionado las situaciones más controvertidas de la práctica clínico asistencial. De manera que en los supuestos mencionados se aborda: el ejercicio de la autonomía de la voluntad ante el acto médico de forma anticipada y no anticipada; el ejercicio del consentimiento ante el acto terapéutico y no terapéutico; la emisión de la voluntad ante el tratamiento sanitario considerado vital y el que no lo es. Y finalmente, se analiza el acto sanitario de carácter preventivo así como las actuaciones de carácter asistencial y curativo.

Este trabajo presenta, pues, un enfoque actualizado sobre el marco jurídico del consentimiento informado en el período de la minoría de edad. Así, a través del análisis de la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, la evolución del niño durante los distintos rangos de edad que abarcan el período de la infancia y contrastando todo lo anterior a situaciones conflictivas que tienen lugar en el ámbito sanitario, se aporta una manera de resolver los interrogantes planteados anteriormente hasta llegar a dar una respuesta jurídica a la cuestión clave de este estudio, ¿A quién corresponde la toma de decisión cuando el paciente es un menor de edad?.

Ahora bien, antes de llevar a cabo el estudio de investigación propuesto es preciso hacer una mención, siquiera sea sucinta, a la noción del niño. Al respecto, hay que tener en cuenta que si bien es cierto que la legislación española menciona al menor, al niño, a la juventud y a la infancia, no es menos cierto que a lo largo del articulado omite una definición de éstas. Por ello, es de advertir que lo más aproximado a un concepto de menor, de acuerdo con la normativa vinculante en España, es lo dispuesto en el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, puesto que proclama, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

En coherencia con ello, el artículo 12 de la Constitución Española reconoce que “los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”. Y en un sentido coincidente, el artículo 315 del Código Civil dice “la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”. Por consiguiente, se considera menor a la persona que tiene una edad inferior a ésta. Pues bien, puesto que el ordenamiento jurídico divide la vida de la persona en dos etapas, cabe insistir en que, en adelante, el estudio propuesto se aborda durante el período de la minoría de edad, teniendo en cuenta que cuando se alude al menor de edad, al menor, al adolescente, a la juventud, a la infancia y al niño, se hace referencia indistintamente a la persona con una edad inferior a los dieciocho.

INTRODUCTION

In recent decades, patients' rights have evolved significantly. The emergence of these rights is difficult to determine. However, unquestionably the recognition of human rights is a crucial advance in acknowledging patients' rights. Therefore, the aforementioned situation comes to link the deployment of the former with the development of the latter. The Universal Declaration of Human Rights was a landmark document that has brought global recognition of individuals' inherent rights. From that moment, the dignity as a foundation, and liberty and equality as values, have formed the basis for the consolidation of the rights of individuals, including those of patients. No doubt this achievement was the result of the continuous adoption of covenants, charters and other legal instruments that have promoted the progressive inclusion of the same domestically in many countries, as in the case of Spain.

Since then there have been many changes. In the health context, the most significant transformation was changing the clinical care relationship since traditionally, the health profession has followed the so-called paternalistic model and overall the regulatory developments prioritize a model based on the respect for individual autonomy. Thus, the dominant relationship in the past has changed substantially in terms of its configuration, as the dominant paternalism has been gradually redirected towards a more egalitarian system rooted in a shared responsibility between the health professional and the patient or user.

So, the fact that personal self-determination is enshrined as one of the fundamental pillars in the main documents on international human rights, along with government commitment in this regard, have meant that one of the most important aspects of the clinical care relationship is decision making. Moreover, at present, the legal concept of informed consent has certainly become one of the main features.

In Spain, the significant legislative progress and the consolidation of informed consent occurs with the entry into force of Act 41/2002, of 14 November, regulating patient autonomy and rights and obligations regarding clinical information and documentation,

also known as the law of patient autonomy. This law not only recognizes such institution, but also introduces and guarantees the rights, duties and obligations relating to the clinical care relationship at the state level.

The importance of informed consent lies in the respect for individual self-determination of a person in the process of decision making on health. However, we should bear in mind that in practice, there are cases in which its exercise is not the direct expression of personal autonomy. The clearest example relates to patients who are minors. In principle, the law recognizes that the decision-making may be performed by legal representation, that is, through a third party. However, the situation raises the following questions; if the child has rights, can he or she exercise them? Or on the contrary, when the patient is a minor, does the representing party consent in all cases? Moreover, on the subject in favour of the consenting minor, are there legal guidelines to act? And in conclusion; what is the framework of exercise of informed consent during childhood?

The issues raised need to be addressed from the legal perspective, and hence the interest in solving such questions herein. Thus, this research work analyses decision making. Specifically, the exercise of informed consent when the patient is a minor.

Informed consent in minors is regulated in the law on patient autonomy, which, in our legal system introduces a new figure, namely, the "mature minor". This refers to the person who, without having reached the adult age, has enough capacity to decide on matters concerning their health. However, the wording of the law has led to various interpretations regarding giving informed consent. And this situation leads us to consider the following key question: In the specific case, who is responsible for decision making if the patient is a minor?

To answer these questions, the study content is structured in two parts. This is because the treatment of minors in the health context covers a wide legal field. Therefore, the study presented below is conducted through a detailed analysis from the perspective of three branches of law: constitutional law, civil law and philosophy of law.

Part I presents a full summary of the highlights of the legal status of children since the late twentieth century and throughout the twenty-first century, as during this period, there is a change in the parent-child relationship and the concept of minors.

After extensive social and legal developments, the transformation is implemented in the United Nations Convention on the Rights of the Child in 1989 as it explicitly recognizes the child as a full subject of rights and a developing individual. This marks the origin of other events in different areas of law, such as in health. Thus, Part I addresses the legal treatment of children in the last decades up to the present. It is therefore the aim to analyse aspects related to legal representation, the higher interest of the child and the capacity to act in the exercise of rights. The focus of that analysis has been divided into two chapters.

Chapter I is entitled "Legal treatment of minors based on the higher interest of children". The content of this chapter deals with the legal framework of minors from a descriptive perspective. Thus it summarizes and describes the situation of children at the international and national levels. Specifically, it is based on the exercise of parental authority by virtue of the child's higher interest. The study perspective is justified based on two premises. On the one hand, the consideration that children, generally and except in exceptional situations, experience their evolutionary development within the family, and on the other hand, the consideration that the child's interest is today a top priority which not only involves everyone but also applies to any situation.

Chapter II, entitled "Exercise of the rights of minors", studies the legal capacity and capacity to act in minors to then examine the entitlement and exercise of the child's personality rights. The aim of this chapter is to confirm that today, children are not incapable subjects but have a limited capacity to act. And based on this idea, therefore, the manners of exercising their fundamental rights are addressed because this way, one can define the scope and limits of the role of the legal representatives. Based on this point are the legal grounds to resolve the questions raised in this study. Following the preceding analysis, Part II is devoted to verifying the exercise of rights, namely that of informed consent when the patient is a child. The treatment of informed consent in children and adolescents covers from the more general issues of legal assumptions of

the institution abstractly taken to the more specific ones, that is, those relating to the expression of will in specific cases. For this purpose, it has been considered appropriate to structure the content of the second part of the research in three chapters.

Chapter III, entitled "Legal configuration of informed consent" examines the regulation applying to informed consent. In this regard it should be noted that the content of informed consent in the context of comparative law is of a jurisprudential nature. However, the new model of clinical relation was not evidenced in the Spanish legal system until the passing of the Spanish Constitution and later on in the specific regulation on the matter, namely, the law of patient autonomy. This means that the internal order locates the genesis of informed consent in positive law and therefore, we can say that it is fundamentally normative. Therefore, the analysis made in this chapter arises from a descriptive-analytical perspective of the law on informed consent. Thus, after addressing patient autonomy in decision-making about one's own health, two fundamental rights are considered individually, rights relating to the issuance of a valid informed consent in the context of the clinical relationship: information and consent.

Chapter IV is entitled "Informed consent in minors". This chapter provides a theoretical framework for informed consent when the subject of a treatment or intervention is a minor. It should be mentioned that the legal treatment of minors in relation to giving informed consent is conditioned by the child's development during childhood. Therefore, this chapter examines the various scenarios in which informed consent is exercised when the patient is a minor and, in turn, establishes guidelines for action in the event that informed consent is exercised through legal representation.

At this point it is important to note, therefore, that when the patient is a child, it is possible that up to three subjects may appear involved in decision making: the child, the representatives and the healthcare professional. Thus, the specific objective is to determine when minors may act on their own and when they must be represented.

Having established the foregoing bases, Chapter V of Part II is entitled "Medical treatment and health interventions in under age patients: particular cases". This chapter

addresses six specific cases considered controversial in relation to decision making in the health area. In the context of health decisions there have been numerous controversial situations that have raised a significant amount of debate. Along these lines, taking into account the diversity of cases and circumstances, we have selected and analysed six particular cases: immunization of children, abortion, privacy in the processing of personal health data, circumcision, the rejection of vital treatments and the expression of will in advance, i.e., through the use of advance directives.

The cases addressed have been chosen by their peculiar features. In other words, from among the range of theoretical possibilities, the most controversial situations of healthcare clinical practice were selected. So in the cases referred, the following is addressed: the advance and unanticipated exercise of autonomy with regard to the medical act; the exercise of consent with regard to therapeutic and non-therapeutic acts; the expression of will in the case of health treatment considered vital and otherwise. And finally, preventive health acts and health care and curative actions are analysed.

This paper therefore proposes an updated approach to the legal framework of informed consent in childhood. Thus, through the analysis of the ownership and exercise of the fundamental rights of a person, based on the child's development during different age ranges covered in the period of childhood and by comparing the above with conflicts that take place in the health sphere, a way to solve the questions posed earlier is achieved in order to reach a legal response to the key question of this study: Who is responsible for decision making when the patient is a minor?

However, before carrying out the proposed research study we must mention, if only briefly, the notion of child. In this regard, we must bear in mind that even though the Spanish legislation mentions minors, children, youth and childhood, the fact remains that throughout the articles it omits a definition thereof. Therefore, it is noted that the closest notion to the concept of minor, according to the binding regulations in Spain, is provided in art. 1 of the Convention on the Rights of the Child of 1989, as it proclaims, "child means anyone under eighteen years of age, except those human beings who, under the law applicable, have become of age before that time".

In line with this, Article 12 of the Spanish Constitution recognizes that "Spaniards are of age at eighteen years old". And similarly, Article 315 of the Civil Code says "legal age begins at eighteen years old". Therefore, minors are deemed those under this age. Since the law divides life into two stages, it must be emphasized that henceforth, the proposed study addresses the period of childhood, considering that all references to under age, minor, adolescent, youth, infancy and child, relate interchangeably to persons under eighteen.

PARTE 1

CAPITULO I: TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MINORÍA DE EDAD A TRAVÉS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La Historia del Derecho pone de manifiesto que la consideración del menor de edad como persona activa y sujeto de derechos constituye un hecho relativamente reciente.

Tradicionalmente, a través de la institución de la patria potestad, el padre de familia ha ostentado un poder absoluto sobre el hijo tanto en el ámbito personal como en el patrimonial¹. Esta situación predominante en el pasado tiene su justificación en la consideración del menor de edad como propiedad de terceros². Por ello, los asuntos relacionados con el niño eran tratados como una cuestión vinculada a la esfera privada.

Ahora bien, en relación con la infancia, uno de los hechos más destacables de los S. XX y XXI es que durante el transcurso de los mismos, se produce una transformación de las circunstancias descritas y gracias a ello, los menores de edad van a ir ocupando progresivamente una posición relevante desde la perspectiva jurídica y social.

El mayor desarrollo de este cambio de etapa viene impulsado por la comunidad internacional, en gran medida, como consecuencia de los efectos devastadores producidos tanto en la Primera como en la Segunda Guerra Mundial³, en el que la población adquiere conciencia de la importancia de reconocer los derechos humanos en general y de reconocer los derechos del menor de edad en particular.

Así, tras los conflictos bélicos acaecidos en este período, se adoptan de forma gradual un gran número de tratados internacionales de derechos humanos y otros documentos. Y

¹ ALÁEZ, Benito., *Minoría de edad y Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 12

² CAMPOY, Ignacio., *La fundamentación de los derechos de los niños: modelos de reconocimiento y protección.*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 60 y ss.

³ HAWES, Joseph., *The children's rights movement. A history of advocacy and protection*, 7ªed., Twayne, Boston, 1991, pp. 80 y ss.

en este sentido, el Estado y la comunidad internacional comienzan a asumir un rol proteccionista y garantista en cuanto a las cuestiones concernientes a la infancia, por consiguiente, comienza a consolidarse una nueva condición del menor.

Las circunstancias descritas conllevan a que dicha posición secundaria otorgada al niño sea desplazada por un reconocimiento de su persona, es decir, a la consideración del menor como sujeto de derechos⁴. Y ello supone igualmente, el reconocimiento de una nueva función en la institución familiar en la que el niño adquiere una posición sino prioritaria, igualitaria con respecto al resto de miembros que forman el núcleo familiar.

Teniendo en cuenta lo anterior, las funciones de la patria potestad son paulatinamente modificadas a través del Derecho positivo, pasando a ser una institución jurídica en la que el derecho de autoridad se sustituye por un conjunto de deberes y facultades para los representantes legales entre los que despuntan el de protección, promoción, atención y defensa del desarrollo integral de la persona menor de edad.

La importancia del reconocimiento de los derechos y libertades de los niños estriba en el hecho de que los menores de edad son sujetos particularmente vulnerables y por ello, es conveniente su regulación específica con la intención de cubrir una finalidad tanto asistencial como garantista de estos derechos y libertades reconocidos a su persona⁵.

Ahora bien, hasta alcanzar el actual grado de reconocimiento han tenido que pasar varias décadas. El surgimiento de los derechos y libertades del niño se inicia con la aprobación paulatina de diversos textos específicos a favor de la infancia en el plano internacional y este proceso, ciertamente, ha tenido su influencia en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados Europeos, entre ellos, en la legislación española.

⁴ DOLZ, Manuel Jesús., “La dimensión universal de la protección de la infancia: Algunas contradicciones”, en IBÁÑEZ, A., *Derechos, Justicia y Estado Constitucional: Un tributo a Miguel C. Miravet.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p.51

⁵ FREEMAN, Michael., *The moral status of children. Essays on the rights of the child*, Martinus Nijhoff, Netherlands, 1997, pp. 7 y ss.

El logro anotado se debe fundamentalmente al reconocimiento del menor como persona activa y por ende, a la protección de los derechos y libertades fundamentales del niño en las Constituciones contemporáneas. Y esta situación, representa la evolución de un proceso a favor de la infancia y la adolescencia que se ha ido desarrollando progresivamente a lo largo del S.XX y que continúa vigente aún en la actualidad.

El eje central del cambio de paradigma lo constituye la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en 1989 y más concretamente, la inclusión en la misma del principio del interés superior del menor, el cual, ha influido sustancialmente en la configuración de la actual situación jurídica del menor de edad.

La realización del interés del interés del menor aparece como piedra angular de toda regulación jurídica de la minoría de edad y más concretamente, de la que afecta a sus derechos y libertades fundamentales⁶. Así, la relevancia del principio puede ubicarse en el hecho de que vincula a todos. Es decir, la interpretación y aplicación del mismo exige la participación de todos los agentes posibles. Por un lado, la de los poderes públicos y por otro lado, la de aquellas instituciones jurídicas que tengan una relación directa con el niño. Incluida la propia participación del menor de edad⁷.

A tales efectos, el presente capítulo aborda el tratamiento jurídico concebido a la minoría de edad en el ámbito internacional y nacional, tomando como punto de referencia el interés superior del menor. La perspectiva aportada es histórico jurídica y el método analítico descriptivo. Ahora bien, cabe anotar que el tratamiento indicado se desarrolla en el marco de las relaciones paterno-filiales porque en todas las sociedades, es común que la crianza y el desarrollo de los niños se estructure a través de la

⁶ ALÁEZ, Benito., “El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 20, 2007, pp.203-204

⁷ RODA, Dionisio., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 41 y ss.

institución de la familia⁸. Por ello, de acuerdo con este enfoque, se ha estimado oportuno anclar la situación del menor en el ejercicio de la patria potestad, puesto que es considerada como la institución jurídica de protección del niño por excelencia.

1. LA MINORÍA DE EDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El análisis que sigue contiene una aproximación a la evolución histórico jurídica de la implementación de la protección a la infancia a través de la aprobación de los instrumentos jurídicos ratificados en el ámbito internacional, tanto de carácter universal como regional. Ahora bien, teniendo en cuenta que el eje central del cambio de paradigma lo ha constituido la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y teniendo en cuenta a su vez, que la manifestación más relevante de este documento se ha ubicado en el reconocimiento del interés del menor, la reseña histórico jurídica se desarrolla a través del análisis de este concepto calificado de indeterminado.

En todo caso, es de advertir que en las siguientes líneas, no se pretende realizar un análisis exhaustivo de la normativa aprobada a favor del menor, sino abordar la evolución de la protección y promoción de la infancia vinculado a la influencia de la noción del interés superior del menor como eje de la actual noción del niño. E introducido el marco normativo, abordar en segundo lugar, las aportaciones realizadas al interés del menor como cláusula general y asimismo, la aplicación del principio en la jurisprudencia europea dado que la confirmación del estatus del niño reside en la interpretación práctica de los instrumentos internacionales aprobados a favor de este.

⁸ WHITE, Sarah. “Being, Becoming and Relationship: Conceptual Challenges of a Chil Rights Approach in Development”, *Journal of International Development*, núm. 14, 2002, p. 1098

1.1 Instrumentos internacionales de reconocimiento de derechos y libertades del niño. La entrada en escena del interés superior del niño.

En el ámbito internacional, a lo largo del siglo XX hasta el actual S. XXI, se han aprobado distintos instrumentos de protección y garantía de los derechos y libertades del niño. De entre los instrumentos internacionales ratificados por los Estados, como ya se ha apuntado, existe unanimidad doctrinal a la hora de calificar la Convención de Derechos del Niño de 1989 como marco de referencia en el cambio de concepción del menor de edad, puesto que se trata del instrumento más relevante que impulsa el reconocimiento de los derechos de los niños y adolescentes de forma efectiva.

Sin embargo, antes de analizar el contenido y alcance de la misma, parece apropiado abordar, en aras de la brevedad, algunos antecedentes de interés sin remontarnos más allá del S. XX, puesto que la cronología de los hechos que llevan a la promulgación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en 1989 es relativamente reciente, a pesar de que algunos de los procesos legislativos que se mencionan no han sido del todo contundentes en lo que respecta a la condición del niño.

No obstante lo anterior, la importancia del ejercicio retrospectivo es evidente para comprender la situación de la infancia desde una perspectiva general sobre el panorama presente en el siglo pasado así como para posteriormente, analizar la situación actual. Por ello, en lo que sigue se aborda, en primer lugar, los instrumentos aprobados de carácter universal y en segundo lugar, los instrumentos aprobados de carácter regional.

1.1.1 Instrumentos de protección de ámbito universal

En orden cronológico, los instrumentos universales aprobados a favor de los derechos de la infancia son la Declaración de Derechos del Niño de 1924, la Declaración de Derechos del Niño de 1959 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

1.1.1.1 La Declaración de los Derechos del Niño de 1924

El primer documento de carácter internacional sobre los derechos de la infancia se remonta a la firma de la Declaración de los Derechos del Niño (en adelante, Declaración de Ginebra), el 24 de septiembre de 1924, en la V Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas. La idea de elaborar un instrumento que ofrezca protección especial al menor es propuesta por Eglantyne Jebb, fundadora de *Save the Children* en 1919 en Londres y de la Unión Internacional de Auxilio al niño en 1920 en Ginebra. La iniciativa se produce en respuesta a la desolación causada por la primera Guerra Mundial e influenciado por diversas organizaciones fundadas a favor del menor durante el período de entreguerras⁹.

En 1923, la Unión Internacional de Auxilio al niño publica una Declaración de los Derechos del Niño con el objetivo de ofrecer una protección a la infancia en el plano internacional. Seguidamente, en 1924, la Sociedad de Naciones adopta la Declaración de Ginebra sin modificar el contenido originario reconocido en la misma. Surge así, la mencionada aprobación del documento declarativo que supone la entrada del niño en las relaciones internacionales¹⁰. En este sentido, se puede afirmar que el movimiento en la defensa y protección de los derechos de los niños es un movimiento social¹¹.

Sin embargo, la Declaración de Ginebra tiene un carácter general e impreciso y presenta un contenido escasamente jurídico¹². Además, no constituye un instrumento que genere obligaciones de carácter vinculante para los Estados, sino que por el contrario, tiene el

⁹ BOLTZMANN, Ludwig., “The advent of child rights on the international scene and the role of the Save the Children International Union 1920-45”, *Refugee Survery Quarterly*, núm. 4, 2008, p.27

¹⁰ MARSHALL, Dominique., “The construction of children as an object of international relations: The Declaration of Children’s Rights and the Child Welfare Committee of League of Nations, 1900-1924”, *The International Journal of Children’s Rights*, núm. 2, 1999, pp. 103-104

¹¹ HAWES, Joseph., *The children’s rights movement. A history of advocacy and protection*, 7ªed., Twayne, Boston, 1991, p. 123

¹² CAMPOY, Ignacio., “La progresiva incorporación de los derechos de los niños en el modelo de los derechos humanos”, en PECES-BARBA, Gregorio., Eusebio FERNÁNDEZ., Rafael DE ASÍS., Francisco Javier ANSUÁTEGUI y Carlos FERNÁNDEZ (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales, Tomo IV: Siglo XX*, Dikynson, Madrid, 2013, p.1226

objetivo de establecer una relación sólida entre el bienestar del niño y el reconocimiento de los derechos y libertades específicos de la infancia.

De manera que lo relevante reside, en primer lugar, en el impulso ofrecido a favor de un cambio en la concepción del menor de edad, de objeto a sujeto de derecho¹³. En segundo lugar y como consecuencia de la anterior, supone, por un lado, la susodicha entrada del menor en el ámbito de las relaciones internacionales¹⁴ y por otro, la consolidación de unas bases adecuadas y coherentes para la adopción de un posterior desarrollo de normas específicas a favor de los derechos y libertades del niño¹⁵.

De acuerdo con lo apuntado, la declaración, compuesta de cinco principios, reconoce al menor de edad, por primera vez, como un sujeto individual que debe ser considerado por sí mismo, poniendo de manifiesto la situación de evolución de su persona. En este sentido, tiende a asegurar las condiciones idóneas para su protección y desarrollo.

El contenido de los principios reconocidos en el documento contempla el derecho de protección frente a la explotación, el derecho de protección de la vida y la integridad, a la alimentación, a la educación, a recibir asistencia de cualquier índole y ante cualquier situación. Estos principios, revelan un componente preventivo a favor del menor dado que bajo la rubrica “*el niño debe ser (...)*”, se reconoce al menor como sujeto pasivo.

Ahora bien, en un momento posterior, tras la Segunda Guerra Mundial, se proclama en la asamblea General de Naciones Unidas de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH). Y en lo que respecta al menor de edad, si bien la Declaración de Ginebra precede a la DUDH, la segunda asume expresamente las

¹³ VAN BUEREN, Geraldine., *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, London, 1995, p. 8

¹⁴ BOLTZMANN, Ludwig., “The advent of child rights on the international scene and the role of the Save the Children International Union 1920-45”, *Refugee Survery Quarterly*, núm. 4, 2008, p.26

¹⁵ VAN BUEREN, Geraldine., *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, London, 1995, pp. 7-8

directrices establecidas en ella e incluye un reconocimiento general de los derechos con carácter universal y en particular, de los derechos de los niños de forma implícita.

Los derechos humanos son derechos inherentes al individuo, y el menor como persona tiene reconocido los mismos. Así, el art. 2 de la DUDH proclama, “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

De la disposición transcrita se deduce que la “edad” está incluida de forma implícita en el reconocimiento de los derechos y libertades anunciados en la DUDH y por lo tanto, los derechos de la infancia son derechos humanos reconocidos de forma amplia en las declaraciones aquí mencionadas como instrumentos de protección específica.

En suma, se puede afirmar que la importancia de la Declaración de Ginebra radica en la vertiente proteccionista y de reconocimiento de los derechos del niño con la intención de proporcionar al menor un ambiente adecuado para su desarrollo personal.

1.1.1.2 La Declaración de los Derechos del Niño de 1959

Al finalizar la segunda guerra mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959, mediante la Resolución 1386 (XIV), aprueba una nueva Declaración de protección a la infancia en la que introduce y amplía el contenido de la Declaración de Ginebra a través de diez principios sobre los derechos del niño.

Básicamente, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 tiene como objetivo la garantía efectiva de los derechos de la infancia plasmando en la misma el contenido esencial de la DUDH. Es en este documento donde se formula la primera alusión expresa al principio del interés superior del menor a través de dos de sus disposiciones.

Concretamente, en virtud del principio 2, se declara que “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por

la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Asimismo, el párrafo segundo del principio 7 anuncia, “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.

Si bien es cierto que la Declaración ofrece reconocimiento y protección de los derechos del menor con la finalidad de favorecer su bienestar, no es menos cierto que la Declaración de 1959, al igual que la Declaración aprobada en 1924, no posee carácter obligatorio desde la perspectiva jurídica, por lo que al no ser un texto jurídicamente vinculante para los Estados firmantes, puede ser insuficiente a la hora de proporcionar protección al interés del menor en el supuesto concreto.

El alcance de esta declaración es más amplio que el de la anterior, pero su énfasis sigue estando en la protección y el bienestar del niño. En este sentido, el documento no reconoce autonomía a éste. Y, si bien se refleja una comprensión de la importancia de los deseos y sentimientos de un niño, no se regula el reconocimiento de su ejercicio. Es decir, el niño sigue siendo objeto de preocupación en lugar de una persona con autodeterminación¹⁶. Es por ello que, a este respecto, la doctrina ha sido unánime al afirmar que la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989, de carácter jurídico vinculante, supone un antes y un después en el tratamiento jurídico del menor porque sin duda, propicia el cambio de su estatus jurídico.

1.1.1.3La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante Convención), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York, en la sesión

¹⁶ FREEMAN, Michael., *Childrens Rights: A comparative perspective*, Dartmouth, London, 1996, p.5

ordinaria del día 20 de noviembre de 1989 y en vigor el 2 de septiembre de 1990 constituye un hito en el cambio de concepción sobre el menor de edad.

La iniciativa de elaboración del documento es propuesta a la Asamblea General de Naciones Unidas en 1987 por Polonia, con la intención de hacer coincidir su aprobación con la celebración del Año Internacional del Niño. Sin embargo, el proceso de elaboración de la Convención se prolonga durante diez años, desde 1979 a 1989, coincidiendo por lo tanto con el décimo aniversario del Año Internacional del Niño.

La Convención se formula con base en los diez principios básicos proclamados en la Declaración de los Derechos del Niño 1959. En este sentido, como el propio preámbulo declara, está inspirada en sus antecedentes más relevantes sobre los derechos humanos.

Fundamentalmente, en la DUDH de 1948, en las Declaraciones sobre los derechos del Niño de 1924 y 1959 y en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. Esto permite afirmar que desde su aprobación, la Convención ha constituido y constituye la Carta Magna en cuanto al reconocimiento de derechos y libertades del menor de edad.

A lo anterior hay que añadir la aprobación posterior de tres Protocolos Facultativos, puesto que la Convención impulsa la posterior aprobación de los mismos. El Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en conflictos armados y el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, ambos Protocolos en vigor desde el año 2002, complementan al tratado. Asimismo, el Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de presentación de comunicaciones, firmado en 2012, establece un mecanismo de denuncias individuales ante una posible vulneración de los derechos del menor. Todo ello sin olvidar el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención y los Protocolos, denominado como Comité de los Derchos del Niño.

Pues bien, el sujeto al que van dirigidas las disposiciones contenidas en la Convención de 1989 es el menor de edad, entendiendo como tal, en virtud del art. 1, a “Todo ser

humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”. La Convención parte de que el niño requiere protección y asistencia especial. Y al mismo tiempo, reconoce que el menor es titular de derechos y libertades con capacidad progresiva para participar en la toma de decisiones en aquellos asuntos que afecten a su persona. Bajo estas circunstancias, el tratado procura conciliar dos aspectos fundamentales, autonomía y protección¹⁷.

En este punto se puede observar la conveniencia de la aprobación por separado del tratado internacional a favor de los derechos y libertades de los menores de edad del reconocimiento de los derechos del ser humano en general, dado que permite asistir y proteger una amplia gama de las necesidades e intereses del niño de forma más específica, en lugar de ubicarlo, con carácter general, en la relación que tiene el menor bien con la familia o bien con el Estado¹⁸. Así, los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y económicos del niño quedan recogidos en una misma norma.

En la adopción del documento, los Estados signatarios se comprometen al respeto de los derechos enunciados. De manera que la obligatoriedad de la Convención, radica en la aceptación por cada Estado parte de las disposiciones aprobadas en la misma.

Así, la relevancia de la Convención reside por un lado, en el reconocimiento de la susodicha gama de derechos y libertades a favor del niño así como en la aprobación de una serie de principios generales que orientan la Convención. Por otro, en la obligatoriedad de los Estados miembros de respetar las disposiciones así como en la aplicación necesaria de los mecanismos de control en la interpretación de la norma.

Según White, la Convención cumple un doble propósito. En primer lugar, extender a los niños, los derechos humanos fundamentales que han sido reconocidos a los adultos, con

¹⁷ MORENO, María., *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007, p. 39

¹⁸ MCGOLDRICK, Dominik., “The United Nation Convention on the Rights of the child”, *International Journal of Law and the Family*, núm. 5, 1991, p.133

el fin de superar la exclusión basada en la edad y las prácticas de explotación a las que esto puede dar lugar. En segundo lugar, para que se reconozca que el estatus de los niños engendra formas específicas de vulnerabilidad, intereses y derechos¹⁹.

Por su parte, en cuanto al contenido de la Convención, Alderson divide los derechos de la infancia en tres categorías. Básicamente, la clasificación que ofrece es una división formal en tres grupos de derechos. En primer lugar los derechos de prestación. En segundo lugar, los de protección. Y por último, los derechos de participación²⁰.

En torno a los principios rectores que inspiran y orientan el contenido de la Convención se puede afirmar, de acuerdo con Cardona que no se trata únicamente de principios informadores sino que además, se trata de derechos autónomos que deben ser respetados en el supuesto específico. Por ello, la vulneración de los mismos es una intromisión en los propios derechos del menor sin necesidad de vincularlo a un derecho determinado²¹.

Los principios normativos que incorpora la Convención son cuatro: El principio de no discriminación, el interés superior del menor, la supervivencia y el desarrollo infantil y el derecho de participación de los menores de edad. Ahora bien, aunque ninguno de los cuatro es más importante que cualquiera de los otros, la relevancia del interés superior del menor reside como afirma Freeman²², en el concreto reconocimiento del mismo, fundamento de todas las demás disposiciones contenidas en la Convención.

El interés superior del niño, reconocido en el art 3.1, dice “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar

¹⁹ WHITE, Sarah. “Being, Becoming and Relationship: Conceptual Challenges of a Chil Rights Approach in Development”, *Journal of International Development*, núm. 14, 2002, p. 1095

²⁰ ALDERSON, Priscilla., *Young children´s rights: exploring beliefs, principles, and practice*, 2º ed., Jessica Kingsley, London, 2008, p.17

²¹ CARDONA, Jorge., “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio Siglo XXI*, núm. 2, 2012, p.53

²² FREEMAN, Michael., *Childrens Rights: A comparative perspective*, Dartmouth, London, 1996, p.1

social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Pues bien, el tenor literal de la disposición otorga al principio general una preponderancia evidente, sin embargo, ello no implica que en cualquier caso deba prevalecer el mismo. Ciertamente, el precepto declara que interés del menor es “una” consideración primordial, no “la” consideración primordial²³. De acuerdo con este enfoque, el legislador pone de manifiesto que en el supuesto concreto pueden concurrir diversas circunstancias y a lo hora de adoptar una decisión concreta que involucre al menor de edad, es conveniente que todas ellas sean consideradas.

Ahora bien, en cuanto al mismo, si bien es cierto que su formulación sustancial está concretada en el art. 3.1 de la Convención, no es menos cierto que a su vez, el principio es contemplado en otras disposiciones de la Convención como por ejemplo, en el art 9 relativo a los procesos de separación de padres y madres. Igualmente, en el art 18 relativo a la responsabilidad de padres y madres, así como en el art. 20 sobre la protección de los niños privados de su medio familiar. Además, en el art. 21 relativo a la adopción del menor, en el art. 37 sobre la tortura y la privación de la libertad y finalmente, en el art. 40 en cuanto a la administración de la justicia en menores.

De los preceptos mencionados es de advertir que únicamente el art. 21 de la Convención, relativo al sistema de adopción, reconoce “el” interés superior del niño como consideración primordial. El resto de disposiciones, declaran la observancia del mismo como “una” consideración primordial de necesaria contemplación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el interés superior del menor se consolida como principio esencial en todas las decisiones que involucren al niño, ya sea de forma directa o indirecta. Se trata pues de un principio derivado de la ratificación de Tratados

²³ Para una análisis exhaustivo sobre el contenido literal del principio véase ZERMATTEN, Jean., “The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function”, *International Journal of Children's Rights*, núm. 18 , 2010, pp.485 y ss.

internacionales y en efecto, tras la aprobación de la Convención, toda norma internacional que se ocupe de la infancia debe contemplar el mismo con carácter prioritario con el objetivo específico de proteger y asegurar los derechos y libertades de la infancia ante cualquier advenimiento que concierna a un menor o grupo de menores.

1.1.2 Instrumentos de protección de ámbito regional Europeo.

La aprobación de los distintos instrumentos de ámbito regional ha propiciado y favorecido un fortalecimiento en la protección de los derechos y libertades de la persona en general y de los niños en particular. Así, en lo que respecta al ámbito Europeo, el marco legislativo es voluminoso, no obstante, sin ánimo de mencionar una lista exhaustiva de tratados internacionales, recomendaciones y directrices europeas sobre la promoción y protección de los derechos y libertades del menor, en lo que sigue, se va perfilar el marco vinculado al objeto de estudio que se presenta en estas líneas.

En Europa, el motivo principal que impulsa la elaboración y aprobación de un cuerpo normativo específico del menor de edad es, en el mismo sentido que en el ámbito universal, la concienciación social a favor de la infancia tras las consecuencias catastróficas de los conflictos bélicos sufridos en la primera y segunda guerra mundial.

Bajo estas circunstancias, las órganos internacionales de ámbito regional encargadas de la elaboración y aprobación de los instrumentos jurídicos europeos han sido el Consejo de Europa y la Unión Europea.

En materia de derechos humanos, los dos instrumentos internacionales considerados de relevancia y que son aplicables al menor de edad son el Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (en adelante CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953 y la Carta Social Europea (en adelante CSE) firmada en Turín el 18 de octubre 1961.

En ambos documentos, la formulación de derechos y libertades exige el cumplimiento por parte de los Estados a través de determinados instrumentos específicos que supervisan el respeto de su contenido. Concretamente, el CEDH es el primer acuerdo

internacional sobre los derechos humanos que establece un procedimiento de denuncia intencional así como un mecanismo de control y cumplimiento²⁴.

De acuerdo con ello, los Estados miembros del Consejo de Europa que ratifican el documento están sujetos al respeto de su contenido. Sin embargo, en lo que respecta al menor de edad, el CEDH no menciona expresamente a la infancia, no obstante, utiliza el término “todos” para incluir en sus disposiciones a la persona menor de edad.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en la aplicación Declaración de los Derechos del Niño de 1989, según Fortin, la Convención Europea presenta determinados puntos débiles. En palabras del autor, se trata concretamente de “cuatro aspectos adicionales que socavan la capacidad para promover los derechos del niño de manera eficaz”²⁵.

El primero hace referencia al limitado alcance de la norma, dado que el Convenio Europeo se refiere a los derechos civiles y políticos. En cambio, la Convención de la ONU sobre los derechos del niño, no sólo les ofrece las libertades fundamentales, como la libertad de expresión, sino que requiere al estado para que ponga a su alcance los recursos disponibles para ejercer los derechos sociales y económicos.

En este sentido, establece con cierto detalle el grado en que los gobiernos deben adoptar medidas positivas para la promoción de estos derechos, por ejemplo garantizando su derecho al goce del grado máximo de salud física y mental, lo que les permite sacar el óptimo provecho de sus derechos civiles y derechos políticos.

La segunda limitación es que, aunque la Convención Europea, mediante la aplicación a todos los individuos, independientemente de su edad, no excluye a los niños de su ámbito, no fue diseñada para responder a las mismas, como un grupo distinto. En

²⁴ VAN BUEREN, Geraldine., *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, London, 1995, pp. 22 y ss.

²⁵ FORTIN, Jane., “Rights Brought Home for Children”, *Modern Law Review*, núm. 62, 1999, pp. 354 y ss.

coherencia con ello, la convención ni se refiere a la naturaleza especial de la niñez, ni intentos de proteger los derechos del niño de forma diferencial de los de los adultos.

En consecuencia, a diferencia de la convención sobre los derechos del niño, no existe la intención de promover toda la gama de necesidades de los niños como por ejemplo, la necesidad de protección y cuidados especiales, la necesidad de desarrollar su potencial a través de una amplia educación y la de promover una buena salud y nivel de vida.

La tercera limitación está relacionada con la segunda, en la medida en que la convención no tiene en cuenta las diferencias entre los niños y los adultos. En consecuencia, los esfuerzos para garantizar que los procedimientos para atender las vulnerabilidades especiales de los niños puede verse obstaculizado por la necesidad de ajustarse a las normas relativamente inflexibles del derecho internacional de los derechos humanos. De acuerdo con ello, Fortin²⁶ afirma que, si bien puede ser apropiado para desarrollar un enfoque no contencioso y constructivo para hacer frente a cuestiones relacionadas con el bienestar de los niños, el marco procedimental que sustenta este enfoque puede fallar en lo relativo a la equidad que requiere el Convenio.

Por último y quizá lo más preocupante que apunta Fortin, es la falta de una orientación sobre la forma de conciliar los derechos y deberes de los padres con el alcance de la interferencia estatal con niños para desarrollar su potencial así como un grado de independencia de sus padres a medida que maduran en la edad adulta. Según el autor, éste es el punto débil de la Convención Europea desde la perspectiva de la posibilidad de dejar a los niños sin protección frente al poder de unos padres autoritarios.

Ahora bien, el primer dilema apuntado por Fortin, queda subsanado por el Consejo de Europa al adoptar la CSE. En efecto, el objetivo del documento es incluir un reconocimiento de los derechos económicos y sociales como complemento de la CEDH. Sin embargo, en lo que respecta concretamente a la infancia, si bien es cierto que la

²⁶ FORTIN, Jane., "Rights Brought Home for Children" cit., p. 354

CSE contiene referencias específicas sobre el menor de edad, el principio del interés superior del menor no está reconocido expresamente en su contenido.

Apuntados los instrumentos jurídicos en relación con los derechos humanos en el ámbito Europeo, parece de interés mencionar, si quiera sea de manera sucinta, los documentos considerados de relevancia que han sido aprobados a favor del menor en relación con nuestro objeto de estudio.

Concretamente, en estas líneas es de interés: la Carta Europea de los Derechos del Niño (en adelante CEDÑ), el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), el Tratado de Lisboa y en lo relativo al ámbito sanitario, el 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 (en adelante Convenio de Oviedo).

La CEDÑ viene impulsada por la Resolución del Parlamento Europeo A3-0172 que establece la necesidad de su elaboración siendo llevada a término el 8 de julio de 1992. La CEDÑ con el objetivo de promover los derechos de la infancia, hace expresamente partícipe al niño en las decisiones que le conciernen y en este sentido, introduce en la disposición 8.14 “Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario, la defensa y salvaguarda de sus intereses”.

Por su parte, el Consejo de Europa en Niza aprueba en el año 2000 la CDFUE. El contenido de la Carta, a pesar de ser una declaración política²⁷ y no crear obligaciones entre los Estados, es más completo que el regulado en la CSE. En cuanto a la infancia, en la línea marcada por la Convención, la CDFUE reconoce en el art. 24.2 “en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

²⁷ DE LA VILLA, Paula., “Las tres “Cartas” Europeas sobre Derechos Sociales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001, p.274

De acuerdo con lo apuntado, se puede afirmar que en los últimos años se ha producido en la Unión Europea (en adelante UE) una actividad significativa en relación con el reconocimiento de los derechos y libertades del niño. Este incremento de la actividad normativa según Stalford y Drywood²⁸ tiene su origen en la publicación, por parte de la Comisión, de la comunicación denominada “Hacia una estrategia de la UE sobre los derechos del niño”. La cual establece un plan de acción para la promoción y protección de los derechos del niño en el plano político tanto a nivel interno como externo.

En esta línea, cabe apuntar la aprobación del Tratado de Lisboa firmado el 17 de diciembre de 2007 por suponer un número de modificaciones estructurales, procedimentales e institucionales²⁹ que se reflejan, entre otros, en la incorporación de la protección de los derechos del niño en los objetivos específicos declarados en la UE.

Asimismo, la entrada en vigor del documento el 1 de diciembre de 2009, supone la adhesión formal de la UE al CEDH así como la redefinición del sistema de derechos de la UE al dotar de valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Finalmente, en lo que respecta al contexto sanitario, mencionar la aprobación del Convenio para la protección de los derechos humanos y a la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y a la medicina, también conocido como Convenio de Oviedo. Este documento, de carácter jurídico vinculante, ha sido elaborado por el Consejo de Europa en el año 1996 y ratificado el 4 de abril de 1997³⁰.

²⁸ STALFORD, Helen y Eleonor DRYWOOD., “Coming of age? Children’s rights in European Union”, *Common Market Law Review*, núm. 46, 2009, pp.146 y ss.

²⁹ STALFORD, Helen., “Are We There Yet?: the Impact of the Lisbon Treaty on the EU Children’s Rights Agenda”, *International Journal of Children’s Rights*, núm. 19, 2011, pp.381 y ss.

³⁰ A la aprobación de este tratado le sigue la aprobación de tres Protocolos adicionales. El protocolo adicional sobre la prohibición de la clonación de seres humanos de 12 de enero de 1998, el protocolo adicional sobre trasplantes de órganos y tejidos de origen humano, de 24 de enero de 2002 y el Protocolo adicional sobre investigación biomédica de 25 de enero de 2005.

El Convenio de Oviedo se promulga para proteger la dignidad humana y los derechos fundamentales contra posibles abusos. Así, desarrolla algunos de los principios, derechos y libertades consagrados en el CEDH. Ahora bien, ambos tratados son diferentes en cuanto a su alcance geográfico, mecanismo de supervisión y por supuesto, en contenido³¹. No obstante, el Convenio de Oviedo es considerado como una adición al mismo con miras a la rápida evolución de la biología y la medicina³².

El Convenio de Oviedo, con carácter general, presenta un enfoque tradicional de los niños como personas que no tienen capacidad de dar su consentimiento a las distintas intervenciones médicas. Sin embargo, da un paso adelante en cuanto a la doctrina del consentimiento informado al reconocer expresamente que la opinión del niño debe ser tenida en consideración en proporción a su edad y grado de madurez³³.

Si bien es cierto que el principio del interés superior del menor no está contemplado expresamente en el Tratado Internacional, no es menos cierto que su aplicación no está exenta de interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en las cuestiones relativas al ámbito sanitario y en relación con la infancia. Y esto es así tanto en el campo de la biología como en el de la medicina.

El Convenio de Oviedo opera dentro de la órbita del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Así, por razones de armonía, ha sido interpretado y aplicado a la

³¹ LAWSON, Rick., “Setting the scene: Human rights and health ethics. Dwelling on the threshold: on the interaction between the European Convention on Human Rights and the Biomedicine convention” en ANDRÉ, D., *Human Rights and Biomedicine*, Maklu, Portland, 2010, p.23

³² TOEBES, Brigit., “The right to health, and the other health-related rights” en TOEBES, Brigit., Mette HARTLEV, Aart HENDRIKS y Janne ROTHMAR., (ed.), *Health and Human Rights in Europe*, Intersentia, Belgium 2012, p.49

³³ SABATELLO, Maya., *Children’s Bioethics: the international biopolitical discourse on harmful traditional practices and the right of the child to cultural identity*, Brill, Leiden, 2009, p.63

luz de, por un lado, los principios y normas relativas a los derechos y libertades reconocidos en la CEDH y por otro lado, acorde con al jurisprudencia del TEDH³⁴.

1.2 Aportaciones al interés del menor como cláusula general

El desarrollo normativo presentado a favor del reconocimiento de los derechos del menor de edad refleja un carácter proteccionista dedicado a la infancia en todas las cuestiones que le conciernen y tras la aprobación de la Convención de los Derechos del niño de 1989, esta dimensión se ve ampliada a través de una conciliación entre autonomía y la susodicha protección. Una manifestación importante de ello es la introducción, en la legislación, del interés superior del menor como cláusula general. Por ello, a continuación, se aborda el principio concebido bajo dicha técnica legislativa.

La noción del interés superior del menor ha sido objeto de estudio por el derecho internacional y en el mismo sentido, ha sido desarrollado en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Asimismo, en cada sistema, se ha abordado desde la perspectiva de diferentes disciplinas, como la jurídica, psicológica y pedagógica, entre otras.

Dichas disciplinas, si bien suponen un aporte sustancial para la comprensión del término, en lo que sigue, se va a centrar el desarrollo del epígrafe desde la vertiente jurídica sin ánimo de excluir las anteriormente mencionadas, conocida la imposibilidad presente de una división taxativa que limite los ámbitos en cuestión.

En el ámbito jurídico, las distintas legislaciones han interpretado el interés del menor en todo supuesto que involucre de forma directa e indirecta al niño. Así, el abanico de situaciones en el que se ha desarrollado es por lo tanto, amplio y variado, dado que se

³⁴ ROUCOUNAS, Emmanuel., “The Biomedicine Convention in Relation to Other International Instruments” en ROSCAM, John., (ed), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, p. 27

trata de un principio aplicable a la totalidad de relaciones jurídicas en las que un menor esté implicado, vinculando al propio menor, a los padres y a los poderes públicos³⁵.

La Convención, declara en el inciso final del art. 3.1, “una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”. Del tenor literal de la disposición transcrita, Zermatten³⁶ identifica tres dimensiones en las que se desarrolla el concepto.

En primer lugar, apunta que el interés superior del menor constituye una *norma de procedimiento*. De manera que, cada vez que una decisión afecta a un niño o a un grupo de niños, el proceso de toma de decisión debe tener en cuenta los posibles impactos de la misma tanto desde una perspectiva positiva como negativa sobre el niño implicado. Asimismo, se debe dar la debida importancia a dichos impactos al considerar los diferentes intereses en juego. Ahora bien, a este respecto recuerda el autor que el art. 3 de la Convención, exige la inclusión e interpretación del principio en el proceso de toma de decisiones, pero no impone a priori una solución particular que sea determinada.

En segundo lugar, anota que el interés del niño es la base de un *derecho sustantivo*. Ello implica una garantía de que el principio general será aplicado e interpretado siempre que en la adopción de una decisión esté involucrado un niño o grupo de niños. De manera que trata de una garantía para niño de que sus intereses sean evaluados.

Por último, según el autor, el interés superior del niño es un *principio fundamental*, de carácter interpretativo, que cumple y desarrolla una doble función en su aplicación un supuesto específico, por un lado, una función negativa y por otro, una positiva. En lo que respecta a la función negativa, el interés del menor puede actuar estableciendo ciertos límites a las prerrogativas de los adultos sobre el niño. El principio se basa aquí, en el reconocimiento de que un adulto está sólo en condiciones de tomar decisiones en

³⁵ RODA, Dionisio., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 41 y ss.

³⁶ ZERMATTEN, Jean., “The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function”, *International Journal of Children’s Rights*, núm. 18, 2010, p.485

nombre de un niño a causa de dos factores; el primero, por la falta de experiencia y el segundo, por la falta de juicio del niño³⁷. En cambio, la función positiva, actúa como guía en la susodicha toma de decisiones que conciernen al menor, orientando a las personas que ejercen la representación legal a adoptar la solución considerada idónea³⁸.

De acuerdo con lo apuntado y en un sentido similar al expresado por Zermatten, se puede afirmar como ha identificado Herring³⁹, que el interés del menor es una norma de referencia que permite la identificación de los factores relevantes a tener en cuenta en un supuesto específico, sin exigir una decisión particular al caso concreto.

Sin embargo, la introducción del interés del menor en el sistema ha sido objeto de crítica debido a los problemas que plantea su indeterminación⁴⁰ y a tales efectos, la doctrina ha formulado diversas alternativas a dicha técnica legislativa⁴¹. A pesar de ello, a nivel nacional, los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea han introducido el interés del menor como cláusula general en su legislación, salvo excepciones. A modo ilustrativo, Inglaterra, para aportar una mayor concreción a la aplicación del principio, ha identificado una lista de criterios que ayudan interpretarlo en cada caso.

La técnica legislativa empleada puede ser entendida como una alternativa a las críticas ofrecidas a la fórmula que ha sido concebida por el principio como cláusula general y

³⁷ En un sentido similar al expresado por Zermatten, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General Número 14 del año 2013 subraya que el interés superior del niño es un principio abarca las tres dimensiones jurídicas presentadas.

³⁸ ZERMATTEN, Jean., “El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico”, *Institut International des droits de l'enfant*, núm. 3, 2003, p.11

³⁹ HERRING, Jonathan., “The Welfare Principle and the rights of Parents” en JOHNSON, Paul., Andrew BAINHAM y Shelley DAY., (ed.), *What is a Parent? A Socio-legal Analysis*, Oxford, Hart, 1999, pp.89-105

⁴⁰ ALSTON, Philip., *The Best Interest of the Child: Towards a synthesis of children's and cultural values*, Unicef, Florence, 1996, p.15

⁴¹ EEKELAAR, John., “The interest of the child and child wishes: The role of dynamic self-determinism” en ALSTON, Philip., (ed.), *The Best Interest of the Child. Reconciling culture and human rights.*, Unicef, Oxford, 1994, pp.47 y ss.

consecuentemente, a la indeterminación apuntada. Básicamente, los criterios que han sido considerados como relevantes en la determinación del principio son los siguientes.

1. Los deseos expresos y sentimientos del niño en cuestión (que se considera a la luz de su edad y entendimiento).
2. Las necesidades físicas, emocionales y educativas del propio menor.
3. El posible efecto sobre el menor de cualquier cambio acaecido en sus circunstancias
4. Su edad, su sexo y cualquier otra característica que el tribunal considere pertinente.
5. Cualquier daño físico que el menor haya sufrido o que esté en riesgo de sufrirlo.
6. La capacidad de cada uno de sus padres o de cualquier otra persona en relación con la cual el tribunal considera que la cuestión sea relevante, para satisfacer sus necesidades.
7. La gama de facultades disponibles del tribunal en el procedimiento de que se trate⁴².

Estos criterios son, en todo caso, orientadores en la toma de decisiones a favor del menor de edad. Por ello, la clasificación presentada en la legislación inglesa sobre la aplicación directa de estas directrices generales no está jerarquizada y en este sentido, se puede afirmar que la finalidad de la lista transcrita es aportar un intento de objetivizar⁴³ la noción del interés del menor.

En España, de un modo similar al de Inglaterra, se ha aprobado recientemente una lista de criterios generales a efectos de orientar la interpretación y aplicación del principio. Éstos están proclamados en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del

⁴² Esta lista de criterios está recogida en la legislación británica “Children Act” de 1989, en la Parte IV y con base en ella, el juez debe emitir un pronunciamiento en las cuestiones que conciernan al menor.

⁴³ ZERMATTEN, Jean., “El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico”, *Institut International des Droits de l’Enfant*, núm. 3, 2003, p.14

sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Así pues, en virtud del artículo 2.2 de la norma mencionada, se han reconocido los siguientes criterios generales.

- a. La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b. La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c. La conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.
- d. La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como al no discriminación del mismo por éstas o cualquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

A pesar de ello, la técnica legislativa de la cláusula general ha sido la fórmula aplicada en la mayoría de los sistemas de Europa continental, sin contemplar de forma expresa unos criterios rígidos que orienten su interpretación y aplicación. A nivel interno, los criterios anotados son generales, de manera que son orientativos y por tanto, aplicables en la adaptación de soluciones sobre cualquier asunto. En este sentido, la formulación como cláusula general requiere de una valoración específica en el caso concreto.

Así pues, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, como los de su naturaleza, debe ser interpretado a través de ponderación motivada sobre diversas circunstancias

que intervienen en el caso concreto, de manera que se pueda actuar a favor del interés del menor sin necesidad de concretar el contenido de forma previa y precisa.

De hecho, en España, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, afirma en el art. 2.3, que los criterios indicados deben ponderarse teniendo en cuenta los elementos generales que sin indican a continuación. Éstos deben ser valorados conjuntamente conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, sin que se limiten otros derechos del niño:

- a. La edad y la madurez del menor.
- b. La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitantes de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- c. El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- d. La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo de l menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- e. La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- f. Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Así pues, con base en los criterios generales indicados y teniendo en cuenta que la ponderación de las circunstancias deben respetar los elementos mencionados, la doctrina mayoritaria⁴⁴ ha apuntado la conveniencia de la adopción del principio como

⁴⁴ Entre otros; ROCA, Encarna., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado (discurso de contestación)”, *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1994, p. 926., DE TORRES, José Manuel., “El tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Anuario de*

cláusula general al considerar poco prudente cualquier intento de concreción del contenido. Esta posición está sustentada en el hecho de que la recopilación de una lista cerrada de criterios que oriente la resolución de conflictos puede desamparar al menor de edad, propiciando posibles situaciones de desprotección no contempladas en ella. Además, se ha anotado que puede acaecer la misma situación en el supuesto de adoptar una conceptualización rígida del principio con base, precisamente, en su naturaleza.

Por ello, el principio se ha considerado una materia convenientemente no reducible a definición. Lo adecuado, afirma la doctrina mayoritaria, es atender a cada supuesto con base en los propios factores y circunstancias únicas que pueden acaecer en un caso. Así, en Europa continental, el interés del menor o principio de *favor minoris*, ha sido concebido como principio general de derecho e identificado como concepto jurídico indeterminado en un sistema de cláusula abierta. Ahora bien, la relevancia del principio, tanto en el ámbito del derecho de familia como, especialmente, en el ámbito de la infancia en general, conlleva a estas líneas, a abordar el reconocimiento positivo del principio configurado bajo la mencionada fórmula de cláusula general.

Hechas estas consideraciones previas, es de advertir que la introducción del principio como cláusula general en las distintas legislaciones, presenta en la práctica, importantes ventajas e inconvenientes⁴⁵ dado que la fórmula concebida no aporta ninguna definición precisa sobre lo que debe considerarse por “interés del menor” y en este sentido, no perfila parámetros básicos específicos sobre su interpretación en concreto.

derecho civil, núm.2, 2006, p.676., REVETLLAT, Isaac., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, núm. 2, 2012, p. 91

⁴⁵ RIVERO, Francisco., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 102 y ss., ROCA, Encarna., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado (discurso de contestación)”, *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1994, p. 925., REVETLLAT, Isaac., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI*, núm. 2, 2012, p. 105

La principal ventaja destacable es la generalidad del mandato legal, entendida como la posibilidad, por parte del intérprete, de adaptar toda solución aportada a los posibles conflictos que puedan surgir conforme a criterios de conciencia social. De manera que, a este respecto, la noción ofrece una vía amplia y flexible para, por un lado, atender a la diversidad de sujetos como de circunstancias y por otro, una alternativa para interpretar las diversidad de situaciones que involucren al menor de una manera acorde a la evolución jurídica y social presente en un momento determinado.

Sin embargo, esa misma posibilidad de libre interpretación que ha sido considerada como beneficiosa puede ofrecer, a su vez, un aspecto negativo que encuentra su fundamento en la inconveniencia del factor subjetivo en la valoración del supuesto. En este sentido, se favorece la posibilidad de que en determinados casos, se presenten desviaciones notables sobre lo apuntado inicialmente como positivo, esto es, sobre los criterios que la conciencia social considera aceptable en un momento determinado.

Esta ha sido la mayor crítica recibida por un sector de la doctrina, dado que como se ha puesto de manifiesto, una cláusula general otorga al sistema una fórmula de gran ambigüedad. Es por ello que, la doctrina científica recuerda que lo más beneficioso para el menor no es lo que subjetivamente los representantes legales entienden como tal, de igual modo que, tampoco son decisivas las creencias de los órganos jurisdiccionales a pesar de que llegada la situación, acaben por imponerse.

Al hilo de esta última consideración se puede afirmar que la cuestión más sugestiva y al mismo tiempo polémica de la incorporación del principio del interés del menor como cláusula general en el sistema, se sitúa en el juicio de concreción que debe realizar el intérprete con el fin de determinar el contenido en un supuesto determinado⁴⁶.

⁴⁶ HERRANZ, Mónica., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 49

Ambas posiciones, en apariencia, encuentran su fundamento en la búsqueda de una mayor seguridad jurídica en el sistema. Por ello, dado la generalidad de la misma, la introducción de la cláusula general va a presentar siempre divergencias y valoraciones tanto positivas como negativas. De acuerdo con ello, lo más razonable es que sea la conciencia social y las convicciones generalizadas lo que determinen aquello que debe ser considerado como más beneficioso para el menor en un momento dado⁴⁷.

En efecto, lo más beneficioso es lo que establezca la sociedad que debe entenderse como tal en un momento dado. De este modo, para comprender el contenido de las cláusulas generales hay que recurrir a los usos sociales generalizados, donde el beneficio de cada uno consiste en la posición similar que se otorga al caso concreto con respecto a los demás supuestos. Así pues, el fundamento último, es la idea de la consecución de un trato igualitario⁴⁸, dirigido a las personas que intervienen en un caso, respecto de las soluciones aportadas para los distintos supuestos.

Conforme a estos parámetros, cabe apuntar que entorno a la inconveniencia del factor subjetivo en la valoración del supuesto concreto, tanto la doctrina española como la alemana⁴⁹, han analizado la estructura del interés del menor y han identificado, en la misma, tres niveles diferentes en la delimitación y concreción del principio.

Por un lado, el primer nivel, hace referencia a un núcleo fijo, de carácter estático, que ha sido denominado como “zona de certeza positiva”. Este nivel está configurado por unos datos seguros y estables a modo de presupuesto como condicionamiento inicial mínimo.

⁴⁷ DÍEZ, Luis María., *Derecho y Familia*, Civitas, Madrid, 1984, p.45

⁴⁸ ALONSO, Mariano. “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil: luces y sombras” *Actualidad Civil*, núm. 2, 1997, p. 24

⁴⁹ RIVERO, Francisco., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 71 y ss.

Por otro lado, el segundo nivel de concreción del principio presenta, igualmente, una “zona de certeza de negativa”. Este nivel, es seguro, en el sentido de que, a partir de ahí desaparece el valor implícito en el concepto, en este caso, del interés del menor.

Por último, el tercer nivel, ostenta una zona intermedia que puede ser denominada como “zona de variación o incertidumbre”. En este nivel pueden englobarse opciones varias dentro de los “márgenes de apreciación”. Esta zona, requiere por lo tanto, de una estimación o de juicio de valor, atendiendo a máximas de experiencia.

La dificultad de precisar una solución considerada justa y razonable, queda concretada exclusivamente en la zona de imprecisión mencionada, donde el interés del menor se convierte en un instrumento operacional cuya misión es confiada al juez. En este nivel, el concepto deja de ser técnico para ser cultural y valorativo⁵⁰. No obstante, tal dificultad desaparece en la primera y la segunda zona mencionada. La zona de certeza positiva y negativa, en esencia, son precisas. Por ello, en el caso concreto, va a ser difícil determinar con precisión y de forma uniforme cuál es el mejor interés del niño, puesto que si bien es cierto que en el marco del Derecho Internacional privado se ha afirmado que el principio constituye un factor de progreso y unificación⁵¹, la interpretación de la cláusula general puede presentar ciertas variaciones en su aplicación, asociadas a las diferencias culturales, ya que es inevitable que el interés del menor pueda concebirse de forma diferente en los distintos países⁵².

El interés superior del menor, como ya se ha anotado, se emplea en múltiples y diversas situaciones y por ello, es difícil aportar una definición sobre el mismo, incluso tratar de concretar su contenido. Sin embargo, se puede afirmar que en realidad, todas las

⁵⁰ MOYA, Mercedes., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998, pp. 35-36

⁵¹ BORRÁS, Alegría., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado (discurs d’ingrés)”, *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1994, p. 927

⁵² ALSTON, Philip., *The best interests of the child: reconciling culture and human rights*, Claredon Press, Oxford, 1994, p.27

interpretaciones realizadas sobre el principio, giran en torno a determinados matices comunes por ser considerados de fundamental observancia.

Así, Zermatten⁵³ ha propuesto la siguiente definición genérica: “el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe de servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”.

Con ello, el principio concebido bajo esta fórmula legislativa, al tratarse de un concepto jurídico relativamente indeterminado, presenta, en mayor o menor medida, una zona de incertidumbre, en la que queda de manifiesto cierta dificultad para establecer, en el supuesto concreto, una solución considerada justa y razonable. No obstante, existe unos parámetros o cierto margen de apreciación considerado válido que está precisado.

La flexibilidad permitida al principio se debe a un conjunto de factores que deben ser tenidos en cuenta en el momento de su interpretación y aplicación. De esta manera se puede afirmar que el interés del menor, se ha concebido como el reflejo de la evolución familiar, social y cultural presente en un lugar concreto y en momento dado. En este sentido, el principio obedece a la conciencia social que, como es sabido, es evolutiva.

Ahora bien, habida cuenta que se ha configurado como una cláusula abierta y genérica que presenta cierta indeterminación jurídica. Una vez es invocado, precisa ser concretado conforme al caso, con la finalidad de que se adecue al supuesto en cuestión, en el momento de su aplicación, para aportar una solución única.

⁵³ ZERMATTEN, Jean., “El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico”, *Institut International des droits de l'enfant*, núm.3, 2003, p. 15

En síntesis, de lo apuntado se desprenden dos ideas; por un lado, que toda tentativa de definición del principio del interés superior del menor resulta limitada habida cuenta de las múltiples situaciones que pueden acaecer en la realidad social. Por ello, el legislador occidental ha optado por la adopción de un concepto amplio del principio que abarque una amplia gama de situaciones en las que pueda verse involucrado el menor. De este modo, se evitan posibles situaciones de discriminación.

Por otro lado, que las cláusulas generales son un instrumento existente y válido reconocido en nuestro sistema para las imprevisiones del ordenamiento jurídico, así tratan de dar cobertura concreta a supuestos de hecho específicos⁵⁴ y cumplen la función de reafirmar las convicciones de la sociedad. De acuerdo con este enfoque, el aspecto negativo y la inseguridad jurídica que deben producir al sistema debe considerarse en cierto modo relativa ya que, como es sabido, las mismas constituyen un instrumento calificado como indispensable para el progreso del Derecho, así como para que su aplicación responda a las exigencias de justicia que la sociedad reclama y necesita.

La aplicación del interés superior del menor como cláusula general en el contexto sanitario, fundamentalmente presenta dos vertientes. La primera, es informativa y en su caso, recomendatoria sobre un determinado tratamiento considerado adecuado para la protección de la salud del menor de entre las distintas opciones disponibles. La segunda, es valorativa sobre la decisión adoptada por los representantes legales en el ejercicio de la patria potestad en cuanto que se entiendo que se trata de una decisión considerada abusiva o inapropiada para el bienestar del niño dentro de los parámetros razonables.

En realidad, como se ha afirmado, la cláusula general cumple aquí una doble función⁵⁵. Por un lado, es empleada como guía en la toma de decisiones sobre el tratamiento médico de los hijos, sobre la conveniencia o no de tratamiento y sobre la elección de las distintas opciones disponibles. Por otro, es interpretado como límite, en el caso

⁵⁴ TARDÍO, José Antonio., *Los principios generales del derecho*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 164-165

⁵⁵ MASON, Thaddeus., “The Best Interest Standard: Both guide and limit to medical decision making on the behalf of incapacitated patients”, *The Journal of Clinical Ethics*, núm. 2, 2011, pp. 134 y ss.

particular, al determinar cuando una decisión adoptada por los padres puede ser abusiva por entenderse como inadecuada y no razonable para los intereses del niño. El interés del menor actúa en este caso, por lo tanto, como límite del derecho del padre a tomar una decisión de un determinado calibre sobre la salud y bienestar del menor.

En ambos escenarios se valora el interés superior del menor de edad empleando como guía y como límite. Concretamente, en aquellos supuestos en los que el menor no presente suficiente madurez para decidir por sí mismo y, por lo tanto, no se le considere autónomo en la elección sanitaria, el interés del menor actúa como principio orientador de la decisión a adoptar por los representantes legales. Sin olvidar que en ningún caso, se puede adoptar una decisión que no sea conveniente para la salud presente o futura del menor y menos, con base en el beneficio del ejercicio de los derechos de los padres. En este último punto, el principio actúa como límite de la actuación.

Ahora bien, el niño, como es bien sabido, es titular de los derechos reconocidos en la normativa interna e internacional, sin embargo, con carácter general, esos derechos no pueden ser ejercidos por falta de plena capacidad de obrar reconocida. No obstante, dicha capacidad de obrar es limitada⁵⁶, de manera que en atención a la edad, la madurez y el desarrollo intelectual en el caso concreto, se podrá valorar si el menor puede decidir por sí mismo en este ámbito. En estas circunstancias, si el menor posee capacidad natural para decidir por sí mismo, será él quien valore y decida cuál es su interés. Ello, sin olvidar el derecho expresamente reconocido a que su opinión sea escuchada.

En definitiva, en el ámbito sanitario, una dimensión peculiar del principio es el hecho de que, la determinación del interés superior del niño, puede legítimamente dar lugar a diferentes resultados, dependiendo todas ellas de factores tales como, en primer lugar, el peso atribuido a las distintas pruebas médicas realizadas a un niño y en segundo lugar, a los valores o creencias de quien toma las decisiones⁵⁷. Por ello, estas consideraciones

⁵⁶ JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor”, *Revista de derecho privado*, 1984, pp. 881 y ss.

⁵⁷ BRIDGEMAN, Jo., *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p.103

entorno a la aplicación e interpretación del mismo, en este contexto, debe ser valorado según las circunstancias de cada caso. Así, una vez perfilado el principio del interés superior del menor concebido como cláusula general en abstracto, interesa abordar, en el epígrafe que sigue, una aproximación de la interpretación y aplicación del mismo por los tribunales en el contexto sanitario por presentar, en este ámbito, sus particularidades.

1.3 Interpretación del interés superior del menor en la jurisprudencia europea

El presente epígrafe aborda una aproximación al tratamiento llevado a cabo por la jurisprudencia comunitaria sobre la aplicación e interpretación del principio del interés superior del menor en el ámbito sanitario. Para ello, cabe recordar que los principales instrumentos de derechos humanos aplicables al menor de edad en la Unión Europea son tres: la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante, la Convención), de carácter universal, la Convención de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) y la Carta Fundamental de Derechos Humanos de la UE (en adelante, la Carta), estos últimos de carácter regional. En lo que respecta a la aplicación de la Convención, es de advertir que se trata de un documento que impone normas vinculantes a los Estados partes que han ratificado el tratado internacional y de acuerdo con ello, estos se comprometen a respetar y garantizar su contenido.

Ahora bien, la Unión Europea, como organización internacional, no forma parte de la Convención, sin embargo, los países que componen la Unión Europea han ratificado de forma individualizada este instrumento y en consecuencia, los principios, derechos y libertades reconocidos, entre los que se reconoce el interés superior del menor, han sido introducidos en el ámbito de competencia comunitario así como en las correspondientes legislaciones internas, convirtiéndose por tanto en derecho aplicable para los Estados.

Así, tanto la CEDH y la Carta, como instrumentos legislativos relacionados con los niños, se acompañan de alguna alusión a la Convención, bien de forma explícita o

implícita⁵⁸. En este sentido, se puede afirmar que la Convención se ha convertido en un punto de referencia de la legislación comunitaria aprobada en los últimos años.

La jurisprudencia del ámbito europeo se pronuncia en aplicación del CEDH y la Carta, siendo el contenido de la Convención asumido e incorporado en las disposiciones de ambas normas. El Derecho comunitario constituye, pues, un ordenamiento jurídico propio con fuentes del derecho autónomas que se presenta integrado en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros. Sentada esta consideración, anotar que el CEDH no hace referencia expresa en su articulado ni a los menores de edad, ni al principio aquí tratado: el interés superior del menor. Si bien, concretamente, los arts. 5.1 d. y 6 reconocen el derecho a la libertad y seguridad así como el derecho a un proceso equitativo, la aplicación del principio en aras de ofrecer una protección adecuada al niño, se ha identificado por parte de la doctrina⁵⁹ y la jurisprudencia europea⁶⁰, a través de la interpretación del art. 8, en virtud del cual, queda anclado el contenido esencial del principio en el entorno y la vida familiar del niño.

El art. 8 CEDH proclama, “1. *Toda persona tiene derecho* al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de la infracciones penales, *la protección de la salud o la moral, y la protección de los derechos y las libertades de los demás*”.

⁵⁸ STALFORD, Helen., *Children and the European Union. Rights, Welfare and Accountability*, Hart, Oxford, 2012, pp. 34 y ss.

⁵⁹ FREEMAN, Michael., *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article. 3 The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff, Netherlands, 2007, p.1

⁶⁰ El TEDH procura la integración del menor en la familia desde el nacimiento del niño, A modo ilustrativo véase la STEDH, Marckx vs. Bélgica, (1979) 2 EHRR 330.

La primera parte de la disposición garantiza el derecho a ser protegido y la segunda establece los límites de la intervención del Estado. De acuerdo con este enfoque, la aplicación directa del principio se infiere del empleo de los términos “*todos*” y “*otros*”, como inclusivos de la minoría de edad y concretamente, de la salvaguarda del interés superior del niño. En este sentido, hay que tener en cuenta que la disposición no se refiere específicamente a los niños, sino a todas las personas, incluidos los menores.

Así, la interrelación existente entre el principio del interés superior del menor y el CEDH se fundamenta sobre cuestiones de derecho de familia y de la vida familiar y el grado en que el Estado puede regular o interferir en los dos ámbitos mencionados⁶¹. El amplio alcance del art 8 ha supuesto que el TEDH aborde gran variedad de situaciones en torno a la familia, la niñez y la intervención del Estado en este ámbito.

Anotado lo anterior, es de anotar igualmente que, por su parte, en lo que respecta al principio general, la Carta dispone expresamente en el art. 24.2 que “ en todos los actos relativos a los menores llevados cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

Pues bien, esbozadas sucintamente estas premisas previas, conviene apuntar que a la hora de analizar la interpretación del interés superior del menor en la jurisprudencia que ha sido pronunciada en el ámbito europeo se puede observar, con carácter general, que en ningún caso se ha tendido a examinar las complejidades puestas de manifiesto en el epígrafe anterior sobre la cláusula general. En consecuencia, tal y como afirma Breen, se ha perfilado como resultado una interpretación tradicionalista sobre el contenido del interés del menor con base en los postulados clásicos de derecho de Familia.

⁶¹ BREEN, Claire., *The standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. 278

Esta situación, según Breen⁶², se explica por dos razones. La primera de ellas, queda sustentada en una posible falta de voluntad, por parte del tribunal, a la hora de romper con la tradicional interpretación llevada a cabo sobre la protección de los derechos de los padres, así como de la autonomía familiar. La segunda, resulta de la aplicación del principio de subsidiariedad, que impide llevar a cabo en los pronunciamientos del TEDH un papel más intervencionista en el derecho interno de los Estados parte.

A pesar de ello, de los pronunciamientos del TEDH se desprenden ciertas ideas que pueden ser consideradas de referencia u orientadoras sobre la interpretación llevada a cabo del principio, concretamente, en el ámbito sanitario. Las mencionadas pautas han sido pronunciadas con base en los hechos que acaecen en cada supuesto concreto y por ello, es primordial atender siempre a las circunstancias específicas de cada caso.

Así, en relación con el principio que nos ocupa, el TEDH ha declarado expresamente dos presupuestos que son de nuestro interés, por un lado, según el tribunal, “debe alcanzarse un equilibrio justo entre los intereses del niño y el de sus padres”⁶³, por otro lado, ha determinado en lo que respecta al derecho a la protección de la salud del niño que, “El padre no tiene derecho, en virtud del art. 8 de la Convención, de adoptar ciertas medidas que puedan causar un daño a la salud del niño y a su desarrollo”⁶⁴.

Si bien ambas premisas han sido pronunciadas sobre cuestiones concernientes a la vida familiar, en lo que respecta al ámbito sanitario, los intereses de los padres y el de los hijos deben ser ponderados y por ende, el padre en ningún caso puede causar un daño al menor adoptando medidas que dañen a su salud. A su vez, a estas dos consideraciones pronunciadas hay que añadir una tercera, esta es, el rol que desempeña el facultativo a

⁶² BREEN, Claire., *The standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*, cit., p. 261

⁶³ Véase la STEDH, *Elsholz vs. Germany*, (2000) 2 FLR 486.

⁶⁴ SSTEDH, *Scott v. United Kingdom* (2000) 1 FLR 958, 968., *K and T v. Finland* (2001) 2 FLR 707., *L v. Finland* (2000) 2 FLR 118., *Haase v Germany* (2004) 2 FLR 39, 56-57., *Süs v. Germany* (2006) 1 FLR 522, 536.

favor del menor de edad. Esto es así porque el profesional de la salud, con base en sus conocimientos sobre este área, juega un papel fundamental en la determinación del interés del niño en lo relativo a la toma de decisiones sobre su estado de salud⁶⁵.

En este punto hay que tener en cuenta que a pesar de que la medicina es una ciencia que muestra cierta dificultad a la hora de establecer los hechos con toda certeza, la particularidad que presenta la aplicación e interpretación del interés superior del menor en el área sanitaria es que la opinión del profesional de la salud es vinculante por estar sujeta a la evidencia científica. No obstante, ello no significa que la delimitación del principio se configure únicamente con base en factores médicos⁶⁶. Si así fuese, los derechos del paciente estarían subordinados a la valoración de un profesional del área sanitaria⁶⁷ y esta situación, en ningún caso, es acorde ni con los derechos humanos en general ni con los derechos del menor de edad en particular⁶⁸.

Sentadas las tres consideraciones, se puede afirmar que el principio se emplea para determinar las decisiones sobre un tratamiento a través de un variedad de situaciones.

Sin embargo, de la jurisprudencia pronunciada por el TEDH se desprende que fundamentalmente, se ha requerido de la valoración judicial para resolver discrepancias entre la decisión adoptada por los representantes legales en torno a la salud de un menor y la indicación médica recomendada por un profesional de la salud en la prestación de los cuidados necesarios del niño. En realidad, cuando en la elección sobre un tratamiento o intervención necesaria para el niño se produce un desacuerdo entre los representantes legales y el facultativo, en efecto, se parte de la base de que el padre tiene la potestad para tomar la decisión final cuando el menor no posee madurez para

⁶⁵ ELLISTON, Sarah., *The best interests of the child in healthcare*, Routledge-Cavendish, New York, 2007, p. 18

⁶⁶ HUXTABLE, Richard., “Autonomy, best interests and the public interest: treatment, non-treatment and the values of medical law”, *Medical Law review*, 2014, p.18

⁶⁷ Véase la STEDH, *Glass v. United Kingdom* (2004) 1 FLR 1019

⁶⁸ MACLEAN, Paul., “The Human Rights Act 1998 and the individual’s right to treatment”, *Medical Law International*, núm. 4, 2000, p.264

decir por sí mismo, no obstante, la elección tomada debe ser, en todo caso, en defensa del interés superior del niño, sopesado en este caso bajo la evidencia científica⁶⁹.

El profesional de la salud tiene la responsabilidad de detectar, en una decisión adoptada por los representantes legales sobre la salud del hijo, por un lado, una contraposición de intereses que cause un perjuicio al determinado niño y que, por lo tanto, de llevarla a cabo, al menor se le produzca un menoscabo. Por otro, la existencia de una alternativa considerada como más apropiada para la protección de los derechos del menor y que la misma sea, en este sentido, la decisión adecuada en defensa de sus intereses.

La sentencia *Glass v United Kingdom* pone de manifiesto el desacuerdo entre los facultativos y la representante legal del menor. En este caso, el estado de salud del menor es crítico y los profesionales consideran inapropiado el empleo de un tratamiento agresivo a causa de dudas razonables, desde la perspectiva médica, sobre el beneficio del tratamiento para prolongar la vida. De acuerdo con ello, para los sanitarios, el interés superior del menor no es sinónimo de la prolongación de la vida del niño, más bien, es la administración de un tratamiento que le permita morir con dignidad, en contraposición de lo voluntad de la madre como representante legal.

Así, los facultativos recomiendan suministrar morfina al niño para paliar el dolor, sin embargo, la madre rechaza la administración de la misma. Bajo estas circunstancias, en una situación de crisis, con el fin de aliviar el sufrimiento del niño, toman unilateralmente la decisión de administrar la morfina sin consentimiento de la madre.

El TEDH valora el desacuerdo entre los profesionales y la representante legal en el tratamiento del menor y de conformidad con lo anterior, con base en la administración de morfina al niño sin el consentimiento de la madre ni la autorización de un tribunal, declara que imponer un tratamiento supone una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y específicamente, al derecho a la integridad física del niño, reconocido en

⁶⁹ Véase la STEDH, *Glass v. United Kingdom* (2004) 1 FLR 1019.

el art 8 de la Convención. Ahora bien, en este supuesto el tribunal no se refiere en ningún caso a la consideración en concreto del interés superior del menor, ni si quiera sustentado en argumentos médicos. Únicamente declara que prevalece la decisión de los padres ante la de los profesionales y ante el conflicto calificado como insalvable, deben intervenir los tribunales para ponderar las circunstancias de la situación.

En torno al pronunciamiento del tribunal, la doctrina⁷⁰ ha indicado que la decisión confirma un reconocimiento importante de las garantías mínimas de las que disponen los niños en relación con su atención médica dado que con ella se afirma el derecho a la protección contra interferencias y sin consentimiento. Evidentemente, cuando los niños carezcan de madurez para decidir por sí mismos, el consentimiento debe emitirlo el representante legal o el tribunal competente. No obstante, a pesar de que tanto los padres como los facultativos actúan con base en el interés del niño, el tribunal no entra a valorar específicamente el interés del menor, sino la intromisión en el derecho a decidir.

De acuerdo con lo apuntado, en la práctica resulta particularmente significativo que con carácter general, la situación de desacuerdo entre los representantes legales y los profesionales de la salud está fundamentada sobre el propio interés superior del paciente. Es decir, por un lado, los representantes legales que no comparten la opinión sobre la conveniencia de un determinado tratamiento recomendado, creen estar actuando en beneficio del menor. Por otro lado y en el mismo sentido, los profesionales de la salud y los padres que se muestran en desacuerdo, deciden sobre la convicción de que su elección personal es en interés del niño⁷¹.

En estos supuestos, de no ser resuelto el dilema al que se enfrentan las partes por falta de acuerdo, debe ser puesto en conocimiento del un juez competente que ponderará las

⁷⁰ BRIDGEMAN, Jo., *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p.167

⁷¹ Un ejemplo ilustrativo de esta situación se refleja en la STEDH, *Guillick v West Norfolk and Wisbech AHA and another* (1985) 3 WLR 830.

circunstancias del caso en interpretación del interés superior del niño⁷², dado que las decisiones giran entorno a los intereses de un menor de edad que, al carecer de capacidad, no es autónomo para decidir por sí mismo sobre esta cuestión⁷³.

Ante el presente panorama, el principio general puede actuar como guía en la decisión de los representantes legales o como límite de la mencionada posición adoptada⁷⁴. El interés del menor no puede ser adoptado únicamente a través de una consideración personal, por ello, el tribunal competente, en este caso el TEDH, en determinados casos, examina y aplica ciertos límites a quien ejerce la representación legal del menor.

En torno a esta cuestión y en un sentido similar, se ha pronunciado Lord Scarman al afirmar que “Es un principio perfectamente coherente con el reconocimiento del derecho de los padres como guardián natural del niño: pero también es una advertencia de que la patria potestad debe ejercerse de conformidad con el principio de bienestar y puede ser el desafío, incluso anulado, si no lo es”⁷⁵.

En el marco de lo que es médicamente aceptable, el interés del menor guía la elección del tratamiento médico desde la perspectiva de lo considerado como adecuado. Así, en realidad, en la práctica se puede afirmar que el TEDH, a la hora de interpretar el interés superior del niño, refleja una doble vertiente de protección a favor del menor. En este sentido, no se hace alusión a una cláusula general en abstracto, sino que por el contrario, se acota el principio haciendo referencia precisa a la situación de una persona

⁷² MUIRHEAD, Paul., “When parents and physicians disagree: What is the ethical pathway?”, *Pediatrics & Child Health*, núm. 2, 2004, p.85

⁷³ HUXTABLE, Richard., “Autonomy, best interests and the public interest: treatment, non-treatment and the values of medical law”, *Medical Law review*, 2014, p.9

⁷⁴ MASON, Thaddeus., “The Best Interest Standard: Both guide and limit to medical decision making on the behalf of incapacitated patients”, *The Journal of Clinical Ethics*, núm. 2, 2011, pp. 134 y ss., ZERMATTEN, Jean., “El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico”, *Institut International des droits de l'enfant*, núm. 3, 2003, p.11

⁷⁵ Véase la STEDH, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech AHA and another* (1985) 3 WLR 830

determinada, el menor de edad, así como a la naturaleza del asunto y a las circunstancias precisas que rodeen el mismo en un momento concreto.

En síntesis, se trata de velar por la defensa del particular interés con base en los hechos presentados y con el objetivo de adoptar una solución única acorde con la situación, ya que como se ha apuntado en el epígrafe anterior, nos encontramos, como ha descrito la doctrina, ante un concepto indeterminado sobre el que existe imposibilidad, conforme se ha configurado, de contemplar todos los posibles supuestos que se puedan originar estableciendo pautas uniformes por parte de la normativa que prevea la totalidad de los casos. Así, los tribunales tienen la función, llegado el caso a la vía jurisdiccional, en base a la información aportada, de resolver caso por caso a favor del menor.

2.LA MINORÍA DE EDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Los instrumentos jurídicos ratificados gradualmente en el ámbito internacional han resultado determinantes en las políticas adoptadas en el derecho español. En materia de infancia, la legislación nacional ha estado inspirada en los postulados consagrados en este marco a propósito de los derechos y libertades del niño. Así, la normativa internacional aprobada de forma paulatina actúa en España como motor impulsor de ruptura de los anteriores postulados de protección del menor y supone un cambio de criterio que viene formulado tras la aprobación de la Constitución Española.

Dado que la entrada en vigor de la norma constitucional implica una serie de modificaciones legislativas, con base en la contribución del derecho internacional, en adelante, se aborda el proceso de desarrollo y consolidación del ordenamiento jurídico español a través de la influencia que ha proyectado el principio del interés superior del menor en la legislación. Una vez introducidas las mencionadas premisas, se lleva a cabo una aproximación a dos ideas relacionadas con el desarrollo del interés superior del menor. Por un lado, a las consideraciones puestas de manifiesto por la doctrina española al tratar de determinar a qué hace referencia concreta el principio y por otro, al tratamiento jurisprudencial pronunciado por los tribunales nacionales.

2.1 La protección de la infancia en la legislación española a través del interés superior del menor

A efectos del presente estudio, el reconocimiento de la condición jurídica del niño conduce a destacar el contenido de cuatro normas consideradas como fundamentales por la contribución que aportan las mismas en la configuración del modelo actual. En estas líneas, se han considerado claves tres disposiciones por entrañar el susodicho cambio en la relaciones filiales. Por ello, en adelante, se analiza sucintamente cada una de ellas.

La primera, hace mención a la promulgación de la Constitución Española, por ser un referente fundamental tanto desde la perspectiva institucional, como desde la asistencia a la infancia, puesto que su aprobación implica el mencionado cambio de panorama en el tratamiento del menor en España. En este sentido, parece apropiado hacer referencia expresa al art 39 por abordar la protección constitucional de la infancia.

Las previsiones de la Constitución Española en torno al reconocimiento y protección del estatus de la minoría de edad, en general, y de los derechos y libertades de la infancia, en particular, impulsa reformas legislativas ulteriores, entre otros, en el ámbito civil.

En segundo lugar, se aborda el art. 154 introducido en la reforma del Código Civil con base en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, dado que si bien es cierto que de forma paralela se han introducido modificaciones sustanciales en la norma, no es menos cierto que, en lo que respecta al objeto de estudio de estas líneas, es la nueva redacción del art. 154 revela un mayor impacto en Derecho de familia.

Seguidamente, se hace alusión a la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor por la repercusión de sus disposiciones.

Y por último, a la recientemente aprobada Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Concretamente, al art. 2 de esta norma por ser la disposición que en la actualidad regula de el principio del interés superior del niño con carácter general, estableciendo unos criterios generales

de aplicación e interpretación y unos elementos generales para la ponderación de las circunstancias que involucren al niño en cada caso concreto.

2.1.1 La protección constitucional a la infancia, (Art. 39 Constitución Española)

La Constitución Española (en adelante CE) contiene referencias directas e indirectas a la protección y asistencia del menor de edad, lo cual, pone de manifiesto el especial interés del constituyente en relación a esta materia. Así, a través de los términos “infancia” y “niño” se reconoce la figura del menor expresamente en la norma.

El régimen jurídico de la minoría de edad aparece en el texto constitucional de forma dispersa. En este epígrafe se abordan dos cuestiones referentes a la noción del niño desde la perspectiva constitucional. Así, por un lado, se trata de precisar qué sujetos son considerados menores de edad, por otro, se aborda el contenido sobre la protección de la infancia, estableciendo las instituciones responsables de dicha protección.

A la hora de precisar los sujetos considerados menores es importante tener en cuenta que la CE reconoce un límite temporal a través del cual se hace distinción entre dos estados civiles, por un lado la mayoría de edad y por otro la minoría de edad. Sin embargo, ni el texto constitucional ni ninguna otra norma del ordenamiento define lo que debe entenderse por menor de edad o por niño. En realidad, se puede afirmar que la legislación española no contempla disposición alguna que determine esta cuestión.

De acuerdo con ello y siguiendo a Huete⁷⁶, se puede definir la minoría de edad como el período comprendido desde el nacimiento de una persona, hasta el cumplimiento de determinados años establecido por ley y en sentido contrario, la mayoría de edad se corresponde con el período posterior, es decir, desde el cumplimiento de esos años concretos que han sido estipulados con carácter previo, hasta el fin de la vida.

⁷⁶ HUETE, Luis María., *La edad en la legislación*, Dykinson, Madrid, 2000, p.11., ROGEL, Carlos., *Derecho de la persona*, Reus, Madrid, 2008, p.39

En el texto constitucional, la condición de la mayoría de edad, en virtud del art. 12, se ha cifrado en el cumplimiento de los dieciocho años⁷⁷ y con carácter general, supone el reconocimiento de la plena capacidad de obrar, lo que se traduce en la consecución de una capacidad suficiente para realizar todos los actos de la vida civil⁷⁸. De manera que, a partir de aquí, la persona es considerada autónoma y responsable de sus actos.

A *sensu contrario*, de la disposición constitucional se desprende que la edad inferior a la mencionada, hace referencia a la minoría de edad. Ello significa, con carácter general, una ausencia de reconocimiento de la plena capacidad de obrar por uno mismo⁷⁹ y en consecuencia, implica la previsión de un marco jurídico de protección y asistencia especial para los menores⁸⁰. El menor, en este sentido, se considera dependiente.

Partiendo de esta premisa, el constituyente español, se ha encargado de otorgar protección y asistencia a los sujetos menores de edad para actuar y tomar decisiones autónomas como consecuencia de su capacidad de obrar limitada. Así, la responsabilidad sobre la protección del niño se ha determinado, desde el marco constitucional, a través del reconocimiento de dos instituciones, la familia y los poderes públicos, por lo tanto, se ha otorgado un sistema mixto de protección y asistencia a la

⁷⁷ En un sentido coincidente, el art. 315 del Código Civil reconoce “la mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos”. Aprobada la Constitución Española se modifica el Código Civil para adaptarlo a la edad establecida constitucionalmente.

⁷⁸ A excepción, como apunta el art. 322 del Código Civil, de determinados supuestos contemplados por el código, como es el caso de la incapacitación declarada por sentencia judicial, arts. 199 y 200 del Código Civil.

⁷⁹ Los menores de edad tienen reconocida la capacidad para realizar por sí solos los actos del art. 162 del Código Civil. La mencionada disposición es una excepción a la limitación de la capacidad de obrar del menor de edad.

⁸⁰ En lo que sucede, se desarrollará con mayor detalle las circunstancias referidas a la capacidad del menor por tratarse, la edad, en el ámbito constitucional de un mandato que posteriormente se ha ampliado y desarrollado en el marco civil.

infancia⁸¹. No obstante, la prioritaria institución de protección de los menores de edad en el ordenamiento jurídico español lo conforma, en primer orden, la familia.

La disposición que constituye el eje fundamental en torno a la cual se proporciona asistencia y protección efectiva al menor de edad, tanto a través de la familia como de los poderes públicos, es el art. 39 CE, el cual declara:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

En virtud del art 39, el texto constitucional garantiza un ámbito de protección especial⁸² en beneficio de la familia. Entendiendo, a falta de definición constitucional de lo que debe entenderse como familia, que la CE parte de un concepto abierto, adaptable y no constrictivo⁸³ de la misma, y por lo tanto, admitiendo distintos modelos familiares.

⁸¹ DE PALMA, Ángeles., “El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p. 187

⁸² STC núm. 74/1997, de 21 de abril, FJ 4

⁸³ ROCA, Encarna., “Familia y Constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006, p. 209

La familia es la primera y directamente responsable de velar por el menor, no obstante, los poderes públicos no son ajenos a esta tarea privada. En realidad, los poderes públicos deberán actuar de forma subsidiaria siempre que la familia no cumpla adecuadamente con sus obligaciones y deberes legales⁸⁴. Es por ello que, el art. 39.1 CE, concede a la institución familiar tres ámbitos de protección y, consecuentemente, encomienda a los poderes públicos el deber de asegurar y colaborar con la misma.

Ciertamente, el tipo de protección reconocido a los poderes públicos a favor de la familia está regulada a través de medidas indirectas. Las mismas, están consideradas como una protección subsidiaria dado el carácter privado de la familia, que impide al Estado, con carácter general, a intervenir. No obstante, en determinados aspectos puede justificarse la intromisión por parte de los poderes públicos⁸⁵, asegurando la protección integral de los menores cuando los progenitores incumplan los deberes y cargas que implica la asistencia y educación de sus hijos⁸⁶. De este modo, en caso de desprotección se permite la intervención de los poderes públicos en beneficio del menor.

En relación con esta cuestión, el Tribunal Constitucional⁸⁷ ha sido muy explícito al afirmar expresamente que, “sobre los poderes públicos y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar porque el ejercicio de estas potestades por parte de sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño”.

La intervención pública está fundamentada en la protección del ámbito familiar y aparece anclada, por lo tanto, en el art. 39 CE y complementada por el art. 9.2 CE, al

⁸⁴ DE PALMA, Ángeles., “El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p. 187

⁸⁵ LA CRUZ, José Luis., *Elementos de derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 12

⁸⁶ CABEDO, Vicente., *Marco constitucional de la protección de menores*, La Ley, Madrid, 2008, p. 27

⁸⁷ SSTC núm. 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5., núm. 154/2002, de 18 de julio, FJ 5

reconocer la obligación promocional del Estado de los derechos fundamentales y libertades de los miembros de la familia⁸⁸, así como el art. 10.1 CE que garantiza la realización personal de cada uno de sus miembros de forma individualizada.

El art. 39.2 y 39.3 CE garantizan los medios de asistencia de los hijos y la madre. Así pues, de la disposición se desprende que el deber de los progenitores consiste en proveer al hijo de mantenimiento, educación, instrucción, contribución de afecto y experiencia en la formación de la personalidad del niño⁸⁹. En este sentido, la disposición constitucional materializa la protección integral de los menores de edad.

Por último, el art. 39.4 CE amplía el ámbito de protección reconocido al menor puesto que da cumplimiento en el orden interno a lo reconocido en las normas internacionales de protección a la infancia. De modo que, en suma, queda reconocido por el orden constitucional, el deber de los padres de prestar asistencia y protección de todo orden a los hijos y la obligación de los poderes públicos de asegurar el amparo por la familia.

Así, el citado artículo 39, en sus cuatro apartados, trata de asegurar que toda persona menor de edad se desarrolle de forme plena y adecuada interviniendo dos tipos de fuerzas: la privada a través de las obligaciones que la CE impone a la familia. Y la pública, mediante el desarrollo de la protección integral que se garantiza a los hijos y a aquellos que deben contribuir a alcanzarla de una manera efectiva⁹⁰. Únicamente cuando los hijos sufren un perjuicio evidente en los que las obligaciones de los padres se hallan reguladas por ley, puede justificarse la intervención de los poderes públicos⁹¹.

⁸⁸ ASENSIO, Miguel Ángel., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 21

⁸⁹ LA CRUZ, José Luis., *Elementos de derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 16

⁹⁰ REVETLLAT, Isaac., “Protección a la infancia en la Legislación Española. Especial incidencia en los malos tratos (Parte General)”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007, p.88

⁹¹ LA CRUZ, José Luis., *Elementos de Derecho Civil*, 2º ed., Dykinson, Madrid, 2005, p.12

Al analizar el anclaje legal del “interés superior del menor” en nuestro sistema, se observa que el texto constitucional no realiza mención expresa del principio. De manera que la CE, a través de una serie de preceptos y disposiciones constitucionales en torno al marco de protección de menores, da sustento al posterior desarrollo civil del interés del niño. De acuerdo con este enfoque, los arts. 10 y 39 CE aportan una virtualidad genérica al interés del menor desde la perspectiva del ámbito constitucional.

Concretamente, a través del art. 39.4, al expresar la protección de la infancia a través de los normas internacionales, está asumiendo de forma de indirecta la aplicación del interés superior del menor en todos los asuntos que conciernan al niño, dado que como se ha puesto de manifiesto anteriormente, el principio general está reconocido entre otros, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

2.1.2 La patria potestad en beneficio de los hijos, (Art. 154 Código Civil)

Una vez comentado a grandes rasgos el marco constitucional de protección y asistencia de la familia y subsidiariamente del menor, como se ha apuntado, se produce un desarrollo legislativo ulterior que, en su conjunto, queda conformado, en orden cronológico, por la siguiente normativa perteneciente al ámbito civil:

- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción.
- Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre la reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

- Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Tal y como ha indicado Díez-Picazo⁹², de la reforma producida en el ámbito de derecho civil y más concretamente, en el de derecho de familia, se desprenden una serie de consideraciones destacables con base en su especial relevancia. Éstas se reducen básicamente a siete modificaciones introducidas en la reforma de la norma.

1. La declinación de la patria potestad fundada en la autoridad paterna.
2. La introducción de la patria potestad conjunta del padre y la madre.
3. Consecuencia de lo anterior, en caso de discrepancia entre los progenitores será precisa la intervención de un tercero dirimente, función atribuida al juez.
4. Predominio de lo personal sobre lo patrimonial.
5. Participación e los hijos en algunos asuntos que le conciernen.
6. Intervención preventiva y solutoria del juez en los conflictos entre padre e hijos.
7. La patria potestad se constituye como una función en beneficio de los hijos.

En realidad, esta serie de reformas acaecidas progresivamente en el ámbito de derecho de familia, están influenciadas tanto por los nuevos valores adquiridos como consecuencia del reconocimiento de los derechos humanos como de la constitucionalización del ordenamiento jurídico español. Ahora bien, de acuerdo con la normativa aprobada hasta el momento, las relaciones filiales están reguladas en los arts. 154 a 172 del Código Civil (en adelante, CC). Sin embargo, con base en el objeto de estudio, interesa abordar concretamente el art. 154 CC formulado con la aprobación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de

⁹² DÍEZ-PICAZO, Luis María., “La reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, en LASARTE, Carlos (ed.), *La reforma del Derecho de Familia: matrimonio, separación, divorcio, régimen económico matrimonial, filiación y patria potestad*, Universidad Hispalense, Sevilla, 1982, pp. 29 y ss.

filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio⁹³ (en adelante Ley 11/1981).

La reforma del CC se produce tras la aprobación de la Ley 11/1981 y se introduce como respuesta del art. 39.3 CE, eliminando por lo tanto, los matices autoritarios predominantes en el ejercicio de la patria potestad y en este sentido, armonizando el ejercicio de la institución jurídica en consonancia con las previsiones constitucionales para establecer una coherencia entre ambas normas. Concretamente, el art. 154 CC implica un avance relevante en el marco de la protección del menor de edad.

Así, la disposición proclama dos cuestiones consideradas de interés, por un lado, reconoce de forma directa la obligatoriedad de ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos como función dual del padre y la madre. Por otro, reconoce de forma indirecta el respeto de la personalidad del niño y por lo tanto, un derecho de ser oído en relación a la toma de decisiones que le incumban. Así, el art. 154 del CC dispone literalmente,

“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los padres.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respecto a su integridad física y psicológica.

Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2.º Representarlos y administrar su bienes.

⁹³ Así, a la aprobación de la Ley 11/1981, le suceden, entre otras, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación con los menores; la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores; y la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

Si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que le afecten.

Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad”.

El precepto atribuye en primer lugar, que la titularidad de la patria potestad corresponde a los padres y en este sentido, se establece como sujeto pasivo de su ejercicio a los hijos no emancipados⁹⁴. La disposición, además de proclamar lo indicado, en segundo lugar, establece por un lado, el contenido de los derechos-función⁹⁵ de los padres a favor del niño y por otro, los límites del ejercicio de la patria potestad.

En torno a esta última cuestión, indica Díez⁹⁶ que a pesar de que se has determinado como límites al ejercicio de la patria potestad el respeto de la personalidad y la integridad física y psicológica. En realidad, la ley, la moral social y el orden público son también límites de su ejercicio. Y en este sentido, el respeto a los valores constitucionales y los derechos fundamentales del niño condicionan el ejercicio de todos y cada uno de los derechos función que integran el contenido de la patria potestad.

En coherencia con lo apuntado, la disposición admite autonomía en el ejercicio de la patria potestad, no obstante proclama el interés del menor como directriz básica de la relaciones filiales, debiendo ejercerse ésta en beneficio de los hijos.

A pesar del importante avance que supone la aprobación de la Ley 11/1981 con la introducción de las novedades apuntadas⁹⁷, tras su aplicación, aparecen ciertas lagunas y

⁹⁴ SERRANO, José Antonio., “Artículo 154” en SIERRA., I., (ed.), *Comentarios del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2006, p.444

⁹⁵ STS, núm. 1991/7447, de 11 de octubre, FD 2

⁹⁶ DÍEZ, Héctor., “Artículo 154” en BERCOVITZ, Rodrigo., (ed.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.1569

⁹⁷ En lo que respecta a la representación legal de los hijos, el Código Civil dispone distintas cuestiones de interés para estás líneas igualmente introducidas con la reforma de la Ley 11/1981. Sin embargo, en lo

desajustes que tratan de ser corregidas a posteriori con la intención de adecuar el ordenamiento jurídico a la realidad que presenta la sociedad⁹⁸.

A tales efectos, el ascenso rotundo del principio del interés superior del menor así como del deber de los padres de escuchar los deseos del niño, se produce sin lugar a dudas tras la aprobación de la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, norma que será abordada en el siguiente epígrafe con mayor detenimiento.

2.1.3 El despliegue del principio del interés superior del menor: la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996

La entrada en vigor de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) ha sido de gran repercusión por varios motivos. Entre ellos apuntar, en primer lugar, que con la aprobación de la misma, se ha tratado de dar respuesta a las mencionadas lagunas presentes en la legislación sobre cuestiones relacionadas con el menor. En segundo lugar y en relación con la anterior, la ley introduce preceptos que vinculan de forma directa a los poderes públicos con la protección del niño y en tercer lugar, la norma materializa un amplio catálogo de derechos que concilia protección y autonomía como medio para el desarrollo de la personalidad del niño.

En cuanto al reconocimiento específico de los derechos del niño cabe apuntar que, en el capítulo II (arts. 3-9), se proclama bajo la rubrica “de los derechos del menor” los derechos fundamentales reconocidos en la CE y en las normas internacionales. Sin embargo, esta regulación es incompleta y por ello, la técnica legislativa ha sido interpretada por la doctrina de diversas formas.

que respecta al desarrollo del tratamiento de la capacidad de obrar limitada del niño, parece conveniente desarrollarlo con mayor detenimiento en el capítulo sucesivo.

⁹⁸ Así lo pone de manifiesto la exposición de motivos de la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la intención de realizar una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección de menor reguladas en el Código Civil.

Por un lado, la doctrina⁹⁹ ha indicado que la materialización de estos derechos es redundante, parcial y defectuosa por varios motivos. En primer lugar, se entiende que a la hora de reconocer los derechos del niño es suficiente referencia remitirse a la Convención de 1989, a los tratados internacionales ratificados por España y al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales. Además, en segundo lugar, la norma omite el reconocimiento expreso de alguno de los derechos del menor y por lo tanto, proclama de forma parcial el reconocimiento de los mismos.

Por otro lado, como contrapartida, la doctrina¹⁰⁰ ha considerado que la regulación parcial de los derechos en el capítulo II, puede encontrar su justificación en la idea de que el legislador, a la hora de proclamar los derechos de la infancia, ha querido otorgar a los derechos enunciados en este marco de una categoría superior que al resto. En este sentido, el hecho de otorgar distinto rango a los mismos puede estar justificada en la consideración de éstos como derechos esenciales del menor de edad.

En estas líneas, se comparte lo indicado en la primera posición doctrinal dado que no parece razonable que el legislador, con la técnica legislativa empleada, haya querido otorgar una naturaleza diferente a derechos que constitucionalmente no la tienen. De acuerdo con ello, la regulación parcial de los derechos en capítulo II es entendida como una incongruencia legislativa y consecuentemente, se considera que todos los derechos de reconocida titularidad al menor tienen el mismo rango y asimismo, serán ejercidos con base en el interés superior del niño y de acuerdo con su personalidad.

⁹⁹ LASARTE, Carlos., *Protección jurídica del menor*, 3º ed., Colex, Madrid, 2014, p.40., LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción., *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 91 y ss., RIVERA, Joaquín., “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor”, *Revista general del derecho*, núm. 621, 1996, pp. 6501 y ss.

¹⁰⁰ MARTINELL, Josep., “Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia”, en CASTRO, A. (ed.), *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado: actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2001, pp. 81 y ss.

Por su parte, en cuanto a la cuestión referente a la necesidad de conciliación entre autonomía y protección, la exposición de motivos anuncia “El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujeto. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad”.

Ciertamente, como ha quedado indicado, antes de la aprobación de la LOPJM, el principio del interés superior del menor ya estaba presente en la legislación española, no obstante, el reconocimiento expreso del mismo se consagra con la entrada en vigor de esta norma en el ordenamiento jurídico.

Así pues, un elemento fundamental de su aprobación ha sido la inclusión del interés superior del menor como principio prioritario sobre cualquier otro interés legítimo de nuestro ordenamiento¹⁰¹ y asimismo, del reconocimiento del derecho del menor a ser escuchado en relación a todos los asuntos que le conciernan.

El principio del interés del menor, subyace como uno de los valores supremos informadores de la protección y asistencia de la infancia. De acuerdo con ello, se ha positivizado como una de las bases en las que se sustenta y a partir de la que se

¹⁰¹ Efectivamente, en la línea de la idea apuntada, la ratificación por España del convenio en 1990 implica, por influencia internacional, la introducción en el ordenamiento español del principio inspirador de todas las normas que versan sobre la protección jurídica del menor, como hemos apuntado previamente, el principio se consolida en nuestro sistema a través de la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor al establecerse, así, siguiendo la línea marcada en el ámbito internacional, el principio prima sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir en cada caso.

construye la legislación de protección de menores. Por ello, opera en todos los casos en los que esté involucrado un menor de edad¹⁰².

Básicamente, el interés superior del menor y derecho del niño a ser escuchado son dos principios vinculados a la idea de la capacidad evolutiva del niño y ello implica que según la madurez del menor y su capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de una decisión en particular, su opinión deberá ser considerada en beneficio del niño¹⁰³. En este sentido, es reconocido como un sujeto activo en la determinación de su propio interés

No obstante, si bien es cierto que existe una conexión entre el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a ser oído del niño, ello no implica que en la toma de decisión en torno a una cuestión concreta se imponga la voluntad del menor. En todo caso, las decisiones concernientes al niño se inclinan a favor del interés superior de éste.

De acuerdo con ello, ha supuesto un reto importante la necesidad de equilibrar los derechos de los Niños a la asistencia y protección adecuadas a su derecho a expresarse y participar en las decisiones que les conciernen¹⁰⁴. Dado que se motiva la protección del niño y su autonomía en atención a la madurez como principios indivisibles entre sí¹⁰⁵.

Sin embargo, la conexión existente entre ambas disposiciones ha sido objeto de comentario por el Comité que ha declarado en la observación general número 12 (2009) sobre el derecho a ser escuchado¹⁰⁶ que “no existe tensión entre los art 3 y 12, sino

¹⁰² LÁZARO, Isabel., *Los menores en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, p.107

¹⁰³ LANSDOWN, Gerison., “The realisation of children’s participation rights: critical reflections” en PERCY-SMITH, Barry y Thomas NIGEL., (ed.), *A Handbook of Children and Young People’s Participation: Perspectives from Theory and Practice*, Routledge, New York, 2010, p.12

¹⁰⁴ PARKERS, Aisling., *Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to be Heard*, Routledge, London, 2013, p.43

¹⁰⁵ PARKERS, Aisling., *Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to be Heard*, cit. p.42

¹⁰⁶ GE.09-43702 (S) 051009 071009, p.19

solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”.

Recientemente, en un sentido similar, la Observación General número 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, afirma que “la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresarse libremente su opinión y a que se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. (...) ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior.

Tras el recorrido de la normativa promulgada en nuestro ordenamiento, se observa que el cambio de panorama acaecido en el ámbito nacional impulsa el nuevo régimen jurídico del menor en el que se concibe como principio rector de la normativa aplicable “el interés superior del niño”. Por ello, introducido en la normativa interesa abordar en qué consiste y cómo se ha interpretado en el ordenamiento jurídico español el principio.

2.1.4 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Los aspectos más relevantes que introduce la reciente aprobación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia., en relación con la infancia y el principio del interés superior del menor son los siguientes; De un lado, establece unos criterios generales que ayudan a orientar las decisiones adoptadas a favor del niño. De otro, reconoce unos elementos generales que igualmente ayudan en la ponderación de las circunstancias de caso.

Así pues, en virtud del artículo 2.2 de la norma, se reconoce los siguientes criterios:

- a. La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b. La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c. La conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.
- d. La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como al no discriminación del mismo por éstas o cualquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

Por su parte, el art. 2.3 de la misma norma, afirma que los criterios indicados deben ponderarse teniendo en cuenta los elementos generales y éstos, deben ser valorados conjuntamente conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad sin que se limiten otros derechos del niño. En síntesis, los elementos generales son los que siguen.

- a. La edad y la madurez del menor.
- b. La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitantes de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- c. El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

- d. La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo de l menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- e. La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- f. Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Todo ello sin olvidar el reconocimiento expreso del derecho del menor a ser oído y escuchado puesto que con la aprobación de la norma queda garantizado de un modo más amplio y concreto al contemplado en la Ley de Protección Jurídica del Menor.

2.2 Interpretación doctrinal del interés superior del menor

La protección de la infancia ha sido objeto de gran dispersión normativa y en efecto, en lo que respecta al principio general, el denominado “interés superior del menor” es una figura interdisciplinar relativamente novedosa que se ha introducido en el sistema a través del reconocimiento y ratificación de los mencionados instrumentos internacionales. En coherencia con ello, desde el punto de vista jurídico, al igual que en el marco internacional, aparece estrechamente vinculado al ámbito del Derecho de familia y en particular, al ámbito de la protección del menor. Así, a pesar de no existir una definición estándar del interés superior del menor, el término se ha configurado en atención a las necesidades del niño.

En este sentido, se ha indicado el principio general se aplica en beneficio, promoción, prevención y protección de los posibles perjuicios que se le puedan derivar con base en

la particular situación de vulnerabilidad que presenta el niño, por ello, interviene en la totalidad de situaciones y conflictos en los que pueda verse involucrado¹⁰⁷.

Ciertamente, en la actualidad, la legislación española presenta alusiones constantes al interés superior del menor con base en la protección de los derechos del niño tanto en el ámbito nacional como autonómico y en sintonía con los textos legales, como se ha apuntado *supra*, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia están de acuerdo con la clasificación del principio como cláusula general dentro de nuestro ordenamiento.

En lo que respecta a la doctrina española, se ha advertido que resulta poco prudente y por lo tanto, quizá un tanto osado tratar de aportar una definición estándar, así como procurar precisar el contenido que contempla el principio del interés superior de menor¹⁰⁸. Por ello, la intención en el desarrollo de las siguientes líneas es aportar, con carácter general, una aproximación inicial al término con el objetivo de ubicar la cuestión en contexto para poder posteriormente perfilar de forma adecuada el ámbito de protección del principio general según la doctrina española.

El interés del menor ha sido definido por la doctrina como una noción genérica y abierta¹⁰⁹. El término, se ha calificado de vago y subjetivo¹¹⁰. Además, se ha apuntado el relativismo que reviste su aplicación como consecuencia de la multiplicidad y variedad de situaciones en las que se presenta la necesidad de ser interpretado.

¹⁰⁷ REVETLLAT, Isaac., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, núm. 2, 2012, p. 91

¹⁰⁸ GARCÍA, Sandra., “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional privado del menor” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, p.537., HERRANZ, Mónica. *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 54-55

¹⁰⁹ LÁZARO, Isabel., *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, p.107

¹¹⁰ MOYA, Mercedes., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998, p. 32

Ahora bien, con intención de perfilar el ámbito de protección del interés superior del menor se puede afirmar de acuerdo con Prenso, que está ubicado en la institución familiar en sentido amplio. Desde este ámbito apunta, “la vida familiar alude tanto al matrimonio como a otras relaciones de convivencia no matrimoniales”¹¹¹.

Con base en esta premisa se ha considerado primordial velar por la integración y protección del menor en la familia desde el momento del nacimiento, por ello, como indica el autor, “la búsqueda del mejor interés para el menor se debe promover tanto en los supuestos de parentesco biológico como en los de parentesco jurídico, sin olvidar los casos de ausencia de parentesco pero con efectivas relaciones familiares de facto. Habrá pues que estar a las circunstancias del caso para decidir qué es lo que más conviene al menor, de lo que deriva soluciones muy diversas en la jurisprudencia”.

En efecto, la familia es el espacio primordial de desarrollo y protección del menor con independencia de que la filiación de origen sea matrimonial o no matrimonial. En este sentido, tras el período de reforma legislativa puesto de manifiesto en el marco apuntado, el reconocimiento del interés del menor debe ser considerado desde una visión amplia acorde a la realidad social y cultural, de manera que el principio se traduce como garantía de protección desde diferentes ámbitos con independencia de los progenitores y de la configuración adoptada por el modelo familiar en cuestión.

Sin olvidar que si bien la familia constituye el ámbito de protección prioritario, como afirma Borrás¹¹², el principio “significa englobar todas aquellas instituciones que, bajo cualquier forma, pretenden dar respuesta a su protección en sentido total desde el punto de vista del Derecho internacional privado, con independencia de cuál sea la situación personal o familiar del menor” y tras lo apuntado indica que, “la protección de su persona y bienes tiene, pues, un sentido amplio, ya que no basta pensar en los supuestos de necesidad de establecer una tutela en ausencia de patria potestad”.

¹¹¹ PRESNO, Miguel Ángel., *El Derecho Europeo de Familia*, Aranzadi, Navarra, 2008 p. 45

¹¹² BORRÁS, Alegría., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado (discurs d’ingrés)”, *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1994, p. 927

De acuerdo con ello, el interés del menor ha sido denominado por Hierro como principio general de discriminación inversa a favor del niño, lo que supone que el Estado es el responsable subsidiario de la satisfacción de los derechos del niño cuando los padres, tutores u otros actores responsables incumplan estos deberes¹¹³.

Pues bien, el estado no puede ser indiferente a las decisiones adoptadas exclusivamente en el ámbito privado cuando se presenta una controversia. De ahí, la conveniencia de una responsabilidad dual compartida. De un lado, la responsabilidad de la familia a través de las obligaciones que la constitución impone a los padres. De otro, la de los poderes públicos, que deben velar y garantizar el desarrollo efectivo de los menores¹¹⁴.

En realidad, la protección del niño hunde su raíz en la consideración del menor como persona. Bajo esta premisa y una vez conocido el margen amplio y abstracto de protección del interés del menor desde una visión general, resulta de especial interés apuntar la necesidad en esta materia de “superación de la distinción entre lo público y lo privado”. De ello se desprende un ámbito de protección dual del menor que implica una responsabilidad orientada a la asistencia y atención del niño en el caso específico.

Como apunta Roca, a pesar de las divergencias culturales presentes en la sociedad, el interés superior del menor ha influido considerablemente en el factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado de muy variados modos. Ello es así, en la medida en que los textos normativos aprobados en el ámbito internacional han establecido como objetivo prioritario común la protección del niño, por lo tanto, se ha

¹¹³ HIERRO, Luis., “¿Tienen los niños derechos?: comentario a la Convención sobre los derechos del niño”, *Revista de educación*, núm. 294, 1991, p.232

¹¹⁴ ROCA, Encarna., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado (discurso de contestación)”, *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1994, pp. 65 y ss.

¹¹⁴ BORRÁS, Alegría., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado (discurs d’ingrés)”, *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1994, p. 927

tratado de aportar mecanismos, medidas, y soluciones comunes a los conflictos surgidos sobre la materia de una forma flexible y orientada en el principio¹¹⁵.

En coherencia con las consideraciones puestas de manifiesto se puede afirmar que, si bien es cierto que el ámbito de actuación y garantía del interés del menor se ubica en el marco familiar como institución protectora del menor por excelencia, no es menos cierto que, toda institución jurídica debe tener en consideración la aplicación del principio, con independencia de que la institución sea pública o privada.

Al hilo de esta cuestión, cabe por lo tanto partir de la base de que para la totalidad de formas y situaciones en las que puede verse involucrado el menor, tanto en el ámbito personal como patrimonial, coexisten ambas formas de protección. Esto es, el ámbito privado de la familia, así como en la práctica administrativa y judicial de la institución pública puesto que ambas, presentan dentro de sus competencias un grado de responsabilidad. En suma, público y privado aparecen interrelacionados en cuanto a prevención, promoción y protección de los derechos y libertades del menor de edad.

En cualquier caso, a la luz de la inclusión del principio en el ordenamiento jurídico español, de acuerdo con Dolz “cualquier reflexión sobre la reforma de menores ha de resaltar un principio básico que no sólo inspira los textos normativos nacionales e internacionales sobre la misma, sino también la praxis y la filosofía de actuación de todas las instituciones que se encuentran en la órbita de esta materia”¹¹⁶.

Así, de lo expresamente previsto en la normativa, el interés del menor como principio general posee una configuración amplia y abierta, de esencial contemplación como instrumento de protección del menor y preferente en el orden de aplicación en caso de concurrencia de intereses. Por ello afirma la doctrina al respecto, que no parece

¹¹⁵ BORRÁS, Alegría., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado (discurs d’ingrés)”, cit., pp. 915 y ss.

¹¹⁶ DOLZ, Manuel Jesús., “El fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992”, *La Ley*, núm. 1, 1996, p. 1592

prudente delimitar un concepto estático sobre el principio general por ser múltiples los criterios que determinan en una situación concreta cuál es, según las circunstancias específicas del caso, el interés del menor.

En conexión con esta idea indica Alonso los criterios que otorgan significado al mencionado principio son “la salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc. la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana (droga, alcoholismo, fundamentalismos, sectas, etc.) son otros tantos aspectos que configuran el concepto más vivencial que racional del interés del menor. Por encima de todo, el interés del menor se respeta en la medida en que las funciones familiares o parafamiliares fomentan equilibradamente la voluntad del menor y el sentido de la responsabilidad, la armonía inescindible entre derecho y deber”¹¹⁷.

Esta concreción de criterios que ofrece Alonso parece de necesaria referencia con base en la configuración abierta del principio reconocido en nuestro sistema, de este modo, la contemplación de pautas genéricas reconduce la protección del menor a todas las situaciones conocidas y por conocer ofreciendo una tutela completa conforme a la realidad jurídica, social y cultural de un momento determinado. Aunque recientemente la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha sido más concreta a la hora de especificar los criterios.

Ahora bien, dejando al margen la amplitud del principio, a pesar de que el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que necesita ser precisado en el caso concreto, la doctrina ha sido capaz de determinar en abstracto en qué consiste y por ende, qué trata de proteger el interés superior del menor.

¹¹⁷ ALONSO, Mariano. “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil: luces y sombras” *Actualidad Civil*, núm. 2, 1997, p. 24

A este respecto, según indica Roca, “partiendo de la base de que el menor es titular de derechos fundamentales porque tiene personalidad jurídica desde el momento de su nacimiento, el principio del interés del menor se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye con la categoría de fundamentales a las personas”¹¹⁸. De acuerdo con lo apuntado por Roca, el interés del menor tiene el propósito de proteger los derechos fundamentales del niño y esto es así porque el niño es persona y como tal, es titular de sus derechos. Sin embargo, como es bien sabido, el menor de edad no tiene reconocida una capacidad de obrar suficiente para ejercer por sí mismo los derechos fundamentales de reconocida titularidad, por ello, la legislación contempla distintos instrumentos jurídicos para que los derechos y libertades del niño puedan ser ejercidos a través de representación legal.

Ciertamente, puede suceder que en la emisión de la voluntad de los representantes legales se considere que no se ha velado por el mejor interés directo del menor sino por otros, a modo de ejemplo, por los intereses personales de los progenitores fundamentados en la libertad ideológica o religiosa en la elección de un determinado tratamiento sanitario que incumbe al menor de edad. En este caso de colisión o conflicto de intereses entra en práctica el principio del interés superior del menor de edad. Es por ello que la autora resalta la complejidad presente cuando “el problema del respeto de los derechos fundamentales se presenta en personas menores de edad que tienen que actuar, para su propia protección y seguridad, a través de otros, ya sean los padres, tutores o la administración pública cuando ejercitan la protección de menores desamparados. Y hay que tener en cuenta que el interés del menor implicará en muchas ocasiones la necesidad de actuar en confrontación de aquellos que deberían actuar como efectivos protectores del menor”¹¹⁹. Es por ello que, en la interpretación del interés del niño se convierte en fundamental la participación de éste puesto que de este modo se puede llegar a respetar su voluntad. Sin embargo, en este punto, hay que tener cuenta que, si

¹¹⁸ ROCA, Encarna., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado (discurso de contestación)”, *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1994, p. 70

¹¹⁹ ROCA, Encarna., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado (discurso de contestación)”, *cit.*, pp. 65 y ss.

bien es cierto que escuchar la opinión del niño es importante, no es menos cierto que no en todos los casos se puede tener en consideración ya que esta premisa no puede ser satisfecha, por ejemplo, cuando el niño en concreto sea un menor de corta de edad.

En torno a esta cuestión añade Rivero que cualquier consideración sobre el principio tiene dos premisas coincidentes en todos los casos. La primera, hace referencia al mencionado objeto de protección de los derechos fundamentales del niño con base en el reconocimiento del menor como persona y por lo tanto, de la titularidad de sus derechos y libertades. Por su parte, la segunda, hace referencia según el autor al “reconocimiento del menor como realidad humana en devenir que obliga a pensar en el futuro del menor tanto o más que en su presente y a concretar esos derechos fundamentales en el libre desarrollo de su personalidad en su proyección multidimensional, precisamente porque su personalidad de niño o adolescente está continuamente en evolución y formación, y es su desarrollo para el futuro una necesidad actual que hay que garantizar, en aras de la formación y consolidación de su propia identidad”¹²⁰. En este mismo sentido ha matizado Díez-Picazo que “tratándose de personas de corta edad como son las que aquí nos ocupan, ha de preponderar el beneficio futuro por encima del beneficio presente”¹²¹,

La valoración aportada por los autores son de especial interés puesto que por un lado, se está velando por ofrecer al niño, como sujeto vulnerable, una garantía de protección y por otro, según las circunstancias personales del menor y mayoritariamente en base a su capacidad natural de obrar, contempla la posibilidad de que éste pueda decidir sobre su propio interés a través de una valoración de adquisición personal de madurez, en función de la edad, para poder tomar una decisión coherente de forma autónoma.

De modo que, la finalidad del principio general es garantizar la defensa de los derechos y libertades fundamentales del menor¹²² y por ende, su libre desarrollo de la

¹²⁰ RIVERO, Francisco., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, p.275

¹²¹ DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 176

¹²² REVETLLAT, Isaac., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI*, núm. 2, 2012, p. 96

personalidad¹²³, cuyo alcance y goce efectivo viene modulado por el beneficio o perjuicio que le produzca en función de su edad y circunstancias personales¹²⁴.

A la luz de lo apuntado, Llevaría ha identificado lo que considera las coordenadas esenciales que deben acotar el interés del menor, “la misma encierra y acapara una tripe atención: sujeto, objeto y campo de proyección. Sujeto, evidentemente, es el menor. Objeto, también evidente, es su interés, provecho o beneficio. Campo de proyección debe serlo el desarrollo de su personalidad, eso que el legislador denomina a veces por su nombre y otras enmascarado con la expresión “formación integral”. Y ello porque sólo desarrollando la personalidad del menor se logrará su adaptabilidad social, esto es, su inserción en esas pautas socio-humanas consideradas normales –por los normales-, como expresión contraria a lo inadaptado, a lo marginado”¹²⁵. Lo cierto es que como se ha apuntado al inicio del epígrafe, el sistema concibe a la familia, en primer término, como núcleo esencial para la promoción, formación y protección del menor y asimismo, los poderes públicos deben garantizar el cumplimiento de las obligaciones familiares asegurando en última instancia su desarrollo integral¹²⁶.

Ahora bien, a la hora de concretar el ámbito de actuación en la determinación del principio, se puede afirmar que en la toma de decisiones, le corresponde intervenir, en primer lugar, al propio menor¹²⁷, de manera que, el menor siempre que posea madurez

¹²³ DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 177 y ss.

¹²⁴ RIVERO, Francisco., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, p.79

¹²⁵ LLEBARÍA, Pedro. *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1990, pp.181 y ss.

¹²⁶ DE PALMA, Ángeles., “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*, núm. 15, 2011, p.185

¹²⁷ La prioridad es literal, así lo proclama la Ley Orgánica 1/1996 al reconocer “...interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...” lo mismo se desprende, de forma generalizada, en la norma mencionada respecto a la valoración de su opinión y voluntad en las distintas situaciones, contemplado en los arts. 3 al 11 de la ley. Asimismo la Ley 41/2002 otorga facultades al menor de edad para consentir en atención a su grado de entendimiento y comprensión, de manera que

para tomar una decisión por sí mismo, debe conformar su propio interés y en este sentido, debe respetarse su voluntad. Sin embargo, a falta de capacidad natural del niño, corresponde a los padres interpretar y velar, en el caso concreto, por el interés del menor y, en su defecto, a los tutores¹²⁸. Y finalmente, en caso de imposibilidad, independientemente de las circunstancias de esta, actúan los poderes públicos¹²⁹.

La última intervención corresponde a la autoridad judicial, de manera que los órganos jurisdiccionales intervienen únicamente en caso de conflicto y en última instancia. Así, la decisión madura del menor es la primera opinión válida y aceptable en la defensa de sus propios intereses y con carácter excepcional, a falta de capacidad del menor, actúan el resto de actores en el orden anotado. Así pues, si el menor es maduro, le corresponde ejercer su derecho participando en la medida que proceda en la precisión del interés y teniendo en cuenta el orden de intervención mencionado, ante una situación conflictiva que determine la mencionada necesidad de actuación judicial en cada caso para determinar el concreto interés del menor digno de protección se presenta la necesidad de audiencia¹³⁰ del mismo en atención de la voluntad de la persona involucrada.

Por consiguiente el sentido de la protección jurídica se presenta en el reconocimiento del menor de edad como sujeto activo. Por ello, se reconoce un margen de actuación al menor en los casos en los que se considere conveniente, previa atención a la capacidad natural del niño, de este modo se propicia la posibilidad de actuación y modificación del

establece márgenes de edades a nivel orientativo, en la toma de decisión. Sucede de igual modo con la Ley 1/87 respecto al consentimiento en materia de adopción y acogimiento.

¹²⁸ Así lo reconoce, por un lado, el art.39 Constitución Española. Por otro, el art. 172 Código Civil.

¹²⁹ De nuevo reconocido en el mismo art. 39 Constitución Española, arts. 12 al 17 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

¹³⁰ El menor de edad tiene derecho a ser escuchado frente a cualquier persona, institución y tribunal. Respecto a la audiencia concedida al menor de edad en un proceso judicial, son varias las disposiciones que contemplan el derecho reconocido a la persona, así, entre otras, apuntar el art. 9 de la L1/96 y, en relación a la patria potestad, los arts. 154, 156 y 162 del Código Civil. El derecho a ser escuchado tiene una proyección procesal, así como sobre cuestiones que afecten al ámbito personal, moral, familiar y social.

propio medio personal y social que le rodea, proyectando autonomía individual para construir de forma progresiva la propia situación personal en un momento determinado, así como la propia proyección personal en un momento futuro¹³¹, por ello trata de vincular autonomía y protección en observancia del menor.

Por lo demás, es conveniente precisar que el principio hace referencia a elementos materiales, pero ante todo, a elementos morales, afectivos, psicológicos que son de difícil precisión y determinación en cada situación jurídica concreta¹³². En este sentido, se procede a la protección del menor para favorecer su desarrollo y personalidad. Pues bien, partiendo de las bases apuntadas por la doctrina se puede afirmar que de las mismas, se desprenden, en definitiva, las mismas dos funciones que en el ámbito internacional en relación con el principio del interés superior del menor y el ejercicio de la patria potestad. La primera es una función legitimadora de actuación de quien ejerce la patria potestad y por el contrario, la segunda, es una función limitadora del propio ejercicio, de manera que, los actos ejercidos por los representantes legales, que no se presenten conforme a lo considerado como mejor interés del menor, o en su caso, resulten perjudiciales o desventajosos para el mismo, se consideran como actuaciones de extralimitación legal hacia los hijos¹³³.

2.3 Interpretación del interés superior del menor en la jurisprudencia española

En lo que respecta a la jurisprudencia pronunciada a nivel nacional, el principio puede ser interpretado y aplicado de manera diferente por los distintos países europeos,

¹³¹ MALUQUER DE MOTES, Carles., “Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro derecho” en VILLAGRASA, C., (ed.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 155

¹³² ASENSIO, Miguel Ángel. *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, Dykinson, Madrid, 2012, p.48, DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p.176

¹³³ ASENSIO, Miguel Ángel., *La patria potestad y libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 70

probablemente en función de las tradiciones jurídicas nacionales¹³⁴. Así, los órganos jurisdiccionales de cada país desempeñan un papel central en torno a esta cuestión.

En lo que se refiere a la aplicación del principio en el ordenamiento español, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha reconocido que “tanto la LO 1/1996 como, sobre todo, los textos internacionales sobre la materia, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño y la Carta Europea de los derechos del niño del Parlamento Europeo, con expreso apoyo de lo dispuesto en el art. 39.4 CE, han elevado (el interés del menor) en último término, a norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia en el Ordenamiento jurídico español”¹³⁵.

En palabras del tribunal se ha afirmado que, “dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia, no se configuran como un simple conflicto de pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplía *ex lege* las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupan una posición prevalente el interés superior del menor”¹³⁶.

Ahora bien, en torno a esta cuestión, la contribución de la jurisprudencia constitucional en cuanto a la delimitación del contenido y el alcance interés superior del menor en cada caso específico ha sido escasa, dado que la competencia del TC no queda delimitada en la determinación del interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado.

A este respecto, como el propio TC ha declarado expresamente, “la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a esta jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no a este Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de

¹³⁴ BAHUS, Mark y Robert, FOERDE., “Parents as decision-makers. Do the attitudes of Norwegian Doctors Conform to law?”, *European Journal of Health Law*, núm. 18, 2011, p. 546

¹³⁵ STC núm. 141/2000, de 29 de mayo, FJ 3

¹³⁶ STC núm. 4/2001 de 15 de enero, FJ 3

las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamental”¹³⁷.

En todo caso, puede concretar algún elemento sobre el interés del menor a través del amparo constitucional como consecuencia de la intromisión en un derecho o libertad fundamental, dado que si bien es cierto que en relación al menor de edad, los derechos fundamentales no plantean dilema alguno respecto a la titularidad, sí pueden plantear ciertos problemas relativos a su ejercicio. Por ello, a través de la invocación del principio se puede argumentar jurídicamente sobre el alcance y legitimidad de una decisión que vulnere los derechos o libertades del niño.

No obstante, en la misma línea que el TEDH, el TC ha afirmado que “en materia de relaciones paterno filiales el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aún siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable”¹³⁸. En este sentido, “las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor”¹³⁹.

Ahora bien, siguiendo esta línea de razonamiento cabe apuntar que en relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) es el tribunal competente para aplicar e interpretar el principio general y en este sentido, en un momento anterior a la inclusión expresa del principio en el ordenamiento jurídico español, en la sentencia de 18 de marzo de 1987, ya indica la relevancia de velar por el interés del niño.

En palabras del TS, “los tribunales habrán de velar prioritariamente y de modo decido por los intereses del menor que son sin duda, los más dignos de protección y que, a

¹³⁷ SSTC 198/2000 de 24 de julio, FJ 3., núm. 203/2000, de 24 de julio, FJ 5 y núm. 256/2000, de 30 de octubre, FJ3

¹³⁸ STC núm. 176/2008 de 22 de diciembre, FJ 5

¹³⁹ STS núm. 565/2009, de 31 de julio, FD 3

veces, quedan postergados en el entrecruzamiento de las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas en las que, no en pocas ocasiones, trasciende la insuficiencia de las mismas ante problemas y situaciones de hondo contenido ético y humano, tan peculiares de las relaciones propias del derecho de familia. De ahí la necesidad de que, para un mejor y más justo juicio, se debe de acentuar en casos como el presente el estudio y ponderación de las circunstancias específicas de cada supuesto concreto para alcanzar de este modo la solución más razonablemente justa y equitativa”.

Igualmente, desde sus inicios, el TS¹⁴⁰ declara que el interés superior del menor es el “principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración material y social”

Por su parte, el TS a la hora de ponderar los derechos fundamentales en caso de conflicto, en un sentido similar al interpretado en el sistema de protección de menor de la jurisprudencia europea, ha concretado que “La patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo de su titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor”¹⁴¹

De acuerdo con ello, respecto a los pronunciamientos dilucidados por el TC y en la línea de la valoración aportada por el TS, el principio está configurado, en sentido estricto, tanto como guía y como un límite de la actuación de los padres ya que su actuación queda orientada a favor y en beneficio de los hijos. En este sentido, reiterada

¹⁴⁰ SSTS, núm. 1996/6722, de 17 de septiembre, FD 2 y núm. 1998/4681, de 11 de junio, FD 2

¹⁴¹ STS núm. 1165/1996, de 31 de diciembre, FD 4

jurisprudencia ha interpretado que la configuración de la patria potestad está orientada a la satisfacción del beneficio prioritario de los hijos¹⁴².

Ahora bien, en lo que respecta al ámbito sanitario, el rol del profesional de la salud es relevante a la hora de detectar si en la decisión emitida por los representantes legales sobre la salud del menor de edad se le está causando un perjuicio determinado al niño. En relación con esta cuestión, la jurisprudencia española ha tenido ocasión de interpretar esta situación, por ello, resulta particularmente representativa la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 27 de junio de 1997¹⁴³.

En este caso, el paciente, menor de edad e inmaduro, necesita una transfusión sanguínea y los padres, Testigos de Jehová, se niegan a autorizar la misma con base a sus creencias religiosas. Ciertamente, los facultativos solicitan autorización al juzgado para proceder a transfundir dado que no existía alternativa médica posible para la recuperación de la salud del niño. La transfusión es autorizada por el juzgado, sin embargo, acatada la decisión por los padres, el niño se opone de forma agitada a la misma y los facultativos, finalmente consideran contraproducente la intervención.

Los padres, tras acudir a varios centros hospitalarios y cerciorarse de la imposibilidad de tratamiento alternativo regresan al domicilio. Finalmente, el juzgado autoriza de nuevo la intervención sanitaria necesaria con el objetivo de salvar al menor, no obstante, el suministro de la transfusión de forma tardía no evita la muerte del niño. El Tribunal califica los hechos descritos como delito de homicidio en la modalidad de comisión por omisión dolosa por concurrir en los padres la condición de garantes¹⁴⁴.

¹⁴² SSTS, núm. 1992/1271, de 12 de febrero, FD 3., núm. 183/1998, de 5 de marzo, FD 2., núm. 725/2002, de 9 de julio, FD 1

¹⁴³ STS, núm. 950/1997, de 27 de junio, FD 3

¹⁴⁴ Cabe destacar que, si bien es cierto que los representantes legales recurren en amparo la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se pronuncia en la STC núm. 154/2002, de 18 de julio, a favor de los padres, no es menos cierto que esta sentencia no es de interés en

En palabras del Tribunal “la ponderación varía sustancialmente si la vida que corre peligro por la negativa u oposición a la necesaria transfusión sanguínea es la de un menor. El adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección. Muy distinta es la situación cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar la vida o evitar un daño irreparable es un menor. En este caso es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento al menor aunque los padres hayan expresado su oposición. El derecho a la vida y la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres”.

Así, de acuerdo con lo indicado, si bien la sentencia en ningún caso hace referencia expresa al principio general del interés superior del menor, el tribunal considera legítimo que se proceda a la transfusión sanguínea en defensa del niño. Ciertamente, en este supuesto, el interés del menor actúa como límite del ejercicio de la representación legal y más concretamente, de la libertad de religiosa de los padres.

En realidad, el tribunal considera que la decisión de los representantes legales es abusiva y actúa en contra de la protección, el beneficio y la salvaguarda de los derechos fundamentales del niño. En este sentido, identifica como prevalente el interés del niño en relación a su derecho a la vida anteponiéndolo por lo tanto, a las convicciones.

Las decisiones adoptadas en los tribunales internacionales y nacionales, en general, sobre cualquier cuestión que concierna al menor y, en particular, las del ámbito sanitario, deben en definitiva ser determinadas de acuerdo con la hipótesis del individualismo¹⁴⁵. Entendiendo por tal, la necesidad de valorar el mejor interés del niño en atención a la valoración de las circunstancias específicas en el caso concreto.

este epígrafe ya que el derecho examinado es exclusivamente el alcance de la libertad religiosa de los padres, no la cuestión tratada en estas líneas, por ello, será examinada en el capítulo quinto de la tesis.

¹⁴⁵ BRIDGEMAN, Jo., *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, University Press, Cambridge, 2007, p.108

El principio del interés del menor, en el sentido que le atribuyen tanto los instrumentos internacionales, como el ordenamiento jurídico español, constituye el marco fundamental a través del cual los tribunales competentes en la materia adoptan determinadas decisiones consideradas adecuadas y convenientes a favor del niño, en defensa de sus derechos y libertades reconocidos.

3.CONSIDERACIONES FINALES

- El interés superior del menor es un principio general reconocido a través de la entrada en vigor de distintos instrumentos internacionales que progresivamente se ha introducido en las distintas legislaciones nacionales, concretamente en España, bajo la fórmula de cláusula general. De acuerdo con ello, el principio vincula a todos, a los poderes públicos, a las instituciones jurídicas que tenga una relación directa con el menor de edad, incluso a los ciudadanos. Además es un principio que se aplica en todos los casos en los que un niño o grupo de niños estén involucrados.
- El menor y el mayor de edad son personas físicas consideradas iguales en cuanto al reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales, la divergencia entre ambos se deposita en el reconocimiento de la capacidad de obrar, de ejercer autónomamente los derechos fundamentales. Así, por regla general el mayor de edad tiene reconocido capacidad para ejercer sus derechos y el menor, en cambio, necesita representación para el ejercicio de los mismos. No obstante, la capacidad natural del menor y el grado de madurez que presente en el caso concreto, determina la posibilidad de actuación del menor en su propio interés de forma autónoma.
- A la vista de las aportaciones realizadas al respecto por la normativa, así como por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales, podemos afirmar el interés del menor es un concepto jurídico “relativamente” indeterminado, ya que en apariencia, se puede precisar “a priori” cierta concreción de factores y elementos comunes coincidentes entre supuestos que actúan como mínimos en aras del protección del menor de edad. Así, queda predeterminado que el principio actúa

en tutela de los derechos fundamentales del menor de edad, igualmente, la finalidad perseguida por el mismo es el libre desarrollo de la personalidad.

- El interés superior del menor es un concepto jurídico relativamente indeterminado y por lo tanto se trata de un principio flexible que atiende a las circunstancias concretas de cada caso, de manera que se manifiesta en constante evolución. De acuerdo con ello, presenta una difícil determinación en abstracto, por lo tanto, debe ser apreciado *in concreto* en el caso específico, para la consecución de medidas eficaces e igualitarias. Habida cuenta de la heterogeneidad de supuestos en los que interviene el principio, se ha configurado con carácter universal y sin especificidad en contenido.
- El interés superior del menor presenta una vocación de generalidad al reconocer la posibilidad de ser aplicado a cuantas situaciones y circunstancias involucren al menor de edad independiente de la naturaleza de las mismas. Por lo tanto, se trata de un principio inspirador que debe ser concretado al producirse conflicto de intereses así como en cualquier situación cotidiana.
- Se han identificado una doble función en la aplicación práctica del interés superior del menor. Por un lado, el interés del menor puede actuar, en el caso concreto, estableciendo ciertos límites a las prerrogativas de los representantes legales del menor sobre el niño en el ejercicio de la patria potestad. Por otro, actúa como guía en la toma de decisiones que conciernen al menor, orientando a las personas que ejercen la representación legal a adoptar la solución considerada idónea o más apropiada.
- En el contexto sanitario, el profesional de la salud, con base en sus conocimientos sobre este área, juega un papel fundamental en la determinación del interés superior del niño en lo que respecta a la toma de decisiones sobre el estado de su salud. En este ámbito, igualmente, el principio general actúa como guía y como límite de las decisiones de los representantes legales del menor.

CAPITULO II: EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD

A día de hoy, es un hecho irrefutable que el niño, en cuanto que es persona, es titular de los derechos reconocidos a todo individuo. Esto es así desde la perspectiva de la norma, la doctrina y la jurisprudencia. Por ello, la cuestión que se plantea en adelante, no es la relativa a la titularidad de los derechos en sí, sino que, partiendo del reconocimiento mencionado, se examina las cuestiones concernientes al ejercicio de los derechos.

De acuerdo con este enfoque se abordan dos ideas. De un lado, la posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales del menor de edad en la esfera personal. Y de otro, el alcance de la actuación de los representantes legales en relación con el ejercicio de los derechos de la personalidad. Por lo tanto, este capítulo tiene como objetivo delimitar las modalidades de ejercicio de los derechos reconocidos al menor de edad.

1. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El análisis de la titularidad y el ejercicio de los derechos del menor de edad implica el estudio de dos conceptos sobre los que existe cierto consenso doctrinal, estos son: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de la persona. Ambos conceptos ponen de manifiesto respectivamente, el momento estático y dinámico de la capacidad del individuo¹⁴⁶. Pues bien, en lo que respecta a la situación jurídica del niño, hay que tener en cuenta que la edad, no implica en ningún caso una falta de capacidad en la persona para ser titular. La clave se ubica, pues, en determinar si existe la posibilidad legal de que los derechos de los que es titular puedan ejercidos por sí mismo en algún supuesto. Todo ello, partiendo de la base de que, en virtud del art. 322 del CC, la mayoría de edad implica la adquisición automática de la plena capacidad de obrar y por ende, del ejercicio directo de los derechos reconocidos expresamente en la normativa.

¹⁴⁶ SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil. Introducción y derecho de la persona*. 3ªed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 110

1.1 La capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

Desde el punto de vista del derecho civil, ser persona es tener capacidad jurídica, es decir, tener personalidad¹⁴⁷. Esto es así porque el significado esencial del término capacidad jurídica deriva de su relación íntima y su interdependencia con el de persona. En palabras De Castro, se puede incluso prescindir del término capacidad jurídica y admitir implícitamente que la capacidad es parte integrante de la personalidad¹⁴⁸. Pues bien, dicho esto, la capacidad jurídica se define como la aptitud o idoneidad de la persona para ser titular de derechos y obligaciones¹⁴⁹, o por referencia al concepto doctrinal, como la aptitud o idoneidad de la persona para ser titular de los derechos, facultades o deberes que forman parte del contenido de cada relación jurídica¹⁵⁰.

La personalidad es condición inherente a la persona¹⁵¹, se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte¹⁵². A tales efectos, la capacidad jurídica es un atributo que corresponde a toda persona por el hecho de serlo y precisamente por ello, es una aptitud abstracta, genérica y no graduable¹⁵³. Tras la adquisición de la capacidad jurídica, la persona deviene titular de los derechos inherentes a su dignidad, que se conocen como derechos de la personalidad. Por consiguiente, el reconocimiento de la titularidad de los derechos de la personalidad está vinculada a la capacidad jurídica. Así, una vez adquirida la capacidad jurídica, se reconoce la titularidad de los derechos

¹⁴⁷ IBIDEM

¹⁴⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 45

¹⁴⁹ ALBALADEJO, Manuel., *Derecho Civil I. Parte General.*, Bosch, Barcelona, 2002, p.215., CARRASCO, Ángel., *Derecho Civil: Introducción*, 3º ed., Tecnos, Madrid, 2011, p. 68., DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Sistema de derecho civil*, 10º ed., Tecnos, Madrid, 2006, p.1992

¹⁵⁰ SÁNCHEZ José Javier., *Manual de derecho civil. Introducción y derecho de la persona.* 3º ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 110

¹⁵¹ ALBALADEJO, Manuel., *Derecho Civil I. Parte General.*, Bosch, Barcelona, 2002, p.213

¹⁵² Véanse los arts. 29 y 32 del Código Civil.

¹⁵³ CARRASCO, Ángel., *Derecho Civil: Introducción*, 3º ed., Tecnos, Madrid, 2011, p. 68

fundamentales. En este sentido, el TC es muy explícito al afirmar que, “Los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales y libertades públicas”¹⁵⁴.

Por su parte, la capacidad de obrar, a diferencia de la jurídica, es susceptible de graduación y no corresponde a todos a por igual, sus restricciones y modificaciones dependen del estado civil de la persona o de ciertas cualidades de la misma. La regla general indica que tiene capacidad de obrar plena el sujeto mayor de edad que no está incapacitado¹⁵⁵. La capacidad de obrar es, por lo tanto, la aptitud o idoneidad del individuo para actuar con eficacia jurídica, es decir, para que los actos realizados por una persona concreta puedan ser considerados, en su caso, como jurídicamente válidos.

El reconocimiento de la personalidad supone la atribución de una capacidad de obrar potencial a todos los seres humanos, como derivación de su capacidad jurídica, sin perjuicio de que el ejercicio de esa capacidad de obrar se encuentre circunstancialmente limitada (se habla de la existencia de una incapacidad de obrar), por razones justificadas y compatibles con ese respeto a su dignidad y ese reconocimiento de derechos fundamentales y libertades públicas del que parte y que garantiza la Constitución¹⁵⁶.

Se trata por lo tanto, de la aptitud o capacidad “en concreto” para realizar actos jurídicos válidos y asumir, en consecuencia, derechos u obligaciones específicas, como pueden ser consentir en el ámbito de la salud. Cabe hablar, en relación con la capacidad jurídica de poder de titularidad y respecto a la capacidad de obrar, de poder de ejercicio¹⁵⁷.

¹⁵⁴ STC, núm. 154/2002, de 18 de julio, FJ.9

¹⁵⁵ GARCÍA-RIPOLL, Martín., *Lecciones de derecho civil. Parte general y derecho de la persona*, 2º ed., Diego Martín, Murcia, 2010, p.222

¹⁵⁶ BERCOVITZ, Rodrigo., *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y derecho de la persona*, 5º ed., Bercal, Madrid, 2011, pp.70 y ss.

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio., “Capacidad, discapacidad e incapacitación: modificación judicial de la capacidad”, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 2011, p. 54

En suma, se presume la capacidad de obrar plena, con carácter general, a las personas mayores de edad¹⁵⁸. En este sentido, los límites generales de la capacidad de obrar son, por lo tanto, la minoría de edad y la incapacitación legal¹⁵⁹.

Ahora bien, con base en los conceptos jurídicos indicados, la capacidad jurídica implica el reconocimiento de titularidad de derechos y libertades. Por ello, el menor de edad, como persona, es titular de los derechos y libertades de la personalidad. Por su parte, la capacidad de obrar, hace referencia a un poder de ejercicio, de actuación, como puede ser a modo ilustrativo, en el contexto sanitario, el ejercicio del consentimiento informado de forma personal y válida ante un tratamiento o intervención.

Así, el reconocimiento de la titularidad de derechos a las personas tanto mayores de edad como menores, no presenta problemática, por el contrario, el dilema surge con respecto al ejercicio de los derechos por los menores de edad. Es bien sabido que el ordenamiento jurídico, en aras de proteger al menor, prevé una asistencia al mismo tanto de los poderes públicos como por parte de los titulares de la patria potestad¹⁶⁰. Por ello, en las siguientes líneas se aborda la capacidad de obrar del menor con base en la interpretación doctrinal perfilada sobre su posible actuación en atención de determinados casos y circunstancias puesto que, mientras que el CC regula un tratamiento preciso de la capacidad de obrar del mayor de edad, en lo respecta al menor, no queda delimitada con exactitud su situación jurídica. Así, a través de la doctrina, se trata de analizar el alcance y los límites de la capacidad. En otras palabras, de examinar el alcance y los límites del ejercicio de la representación legal.

¹⁵⁸ Véase el art. 322 del Código Civil

¹⁵⁹ Véanse los arts. 199 y 200 del Código Civil

¹⁶⁰ A este respecto, recordar el art. 39 Constitución Española sobre la protección integral de los hijos y el art. 49 Constitución Española sobre el amparo de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales.

1.2 La capacidad de obrar en el período de la minoría de edad. Posiciones doctrinales.

En las líneas que preceden se ha aportado una definición sobre el término capacidad jurídica y de obrar. Ello, posibilita analizar la capacidad del obrar en el período de la minoría de edad para actuar de forma válida en el mundo del derecho. En España, la mayoría de edad civil está determinada en los dieciocho años y ésta supone la adquisición de la plena capacidad de obrar. Sin embargo, la legislación reconoce diversos supuestos en los que el niño, a pesar de no haber cumplido la edad indicada, puede actuar de forma autónoma, bien porque la ley lo reconoce expresamente, bien porque se reconoce que ostenta suficiente madurez para decidir sobre un determinado acto. Esto significa que en el mundo jurídico la capacidad de obrar es graduable, puesto que no todos los actos requieren la misma, todo depende del tipo de actuación.

En relación con la capacidad, cabe anotar que no siempre se ha considerado al menor de edad como sujeto activo y de ahí, es de donde surgen las diferentes posiciones doctrinales en cuanto a la capacidad de obrar. Antes de la aprobación de la CE, tanto la doctrina como la norma mantenían la consideración tradicional de que el niño tenía una incapacidad de obrar absoluta, a excepción de los casos expresamente previstos en la ley¹⁶¹. En este sentido, la incapacidad del menor ha constituido durante años la regla general aplicable. Y esta interpretación estaba anclada en el tenor literal del art. 1263 CC “no pueden prestar consentimiento (...) los menores no emancipados”.

En la actualidad, esta postura ha quedado obsoleta. Desde la aprobación de la CE y más concretamente, desde las últimas reformas del CC, se ha mantenido una nueva concepción del menor y de la relación paterno-filial. Desde el punto de vista doctrinal, el cambio de interpretación viene motivado por De Castro, quien afirmó que el menor

¹⁶¹ Sobre la corriente doctrinal que defiende la incapacidad del menor, véase ESPÍN, Diego., *Manual de derecho civil español*, 6º ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, p.266

no era un sujeto incapaz de modo general, sino que era una persona con capacidad de obrar limitada en virtud de las disposiciones dictadas para su protección¹⁶².

Pues bien, desde la promulgación de la CE, tanto la doctrina como la jurisprudencia¹⁶³, en virtud de la evolución del derecho positivo, han puesto de manifiesto su conformidad con la teoría de la capacidad de obrar del menor de edad iniciada por el profesor De Castro¹⁶⁴. De hecho, esta propuesta, ha sido admitida por la doctrina de forma unánime. Y en la actualidad, no sólo se comparte la misma, sino que además ésta, ha sido desarrollada. De manera que la consideración del menor como incapaz absoluto se ha ido abandonando progresivamente, y se ha priorizado al reconocimiento de la capacidad.

Ahora bien, entorno a la capacidad de obrar limitada del niño se han desarrollado diferentes planteamientos jurídicos a la hora de establecer los criterios relevantes que determinan la misma. Por ello, a continuación se analizan las construcciones teóricas desarrolladas por las distintas posturas doctrinales en relación con la legislación.

¹⁶² Postura iniciada por DE CASTRO Y BRAVO, Federico., al señalar de forma contundente, entre otras consideraciones que, “ninguna disposición del Código civil permite inferir una incapacidad absoluta del menor. El artículo 32 considera la menor edad como una “restricción de la personalidad; mas, refiriéndose del mismo modo al pródigo, no puede entenderse esa frase como equivalente a total incapacidad de obrar” en *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984., p. 174, esta teoría es apoyada y continuada por la mayoría de la doctrina. En este sentido y a modo ilustrativo, GETE-ALONSO, María del Carmen, afirma “la minoría de edad no es hoy, claramente, un supuesto de incapacidad (restricción de la personalidad jurídica de la que hablara el art. 32.2 CC, derogado) sino sólo de limitación de la capacidad de obrar, en la que los principios rectores de regulación son: la necesidad de protección del menor (función tuitiva de la potestad), la existencia de previa capacidad de obrar en toda persona”, en *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 25 y ss.

¹⁶³ En cuanto a la jurisprudencia, afirma el TS que, STS de 10 de Junio de 1991 (RJ 1991/4434).

¹⁶⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984., p. 176

A la luz de estas consideraciones y con base en la aportación de De Castro, un sector de la doctrina ha entendido el estado civil como un criterio de determinación de la capacidad de obrar. Es decir, se vincula la capacidad de obrar con el estado civil¹⁶⁵.

El criterio apuntado se desprende de la interpretación de tres disposiciones. Por un lado, el art. 315.1 CC establece “la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”. Este precepto, está en consonancia con el art. 12 CE, que proclama “los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”. Así, establecida la mayoría de edad, el art. 322 CC proclama que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”. Pues bien, esta postura doctrinal determina una conexión directa entre capacidad de obrar, edad y estado civil y ello, se ha interpretado del tenor literal de las disposiciones transcritas. De forma que se entiende el estado civil como criterio de determinación de la capacidad de obrar. En suma, interpreta con carácter general, que a partir del cumplimiento de los dieciocho años de edad es cuando la persona tiene plena capacidad de obrar y en sentido contrario, una persona con edad inferior a ésta, posee una capacidad de obrar limitada.

De acuerdo con el razonamiento desarrollado, indica Albaladejo que la capacidad de obrar general depende del estado civil de la persona y de su edad¹⁶⁶. De manera que el menor no emancipado se halla en el estado civil de minoridad¹⁶⁷ y en coherencia con ello, se concibe la mayoría de edad cronológica como determinante en la adquisición de

¹⁶⁵ Entre otros, JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor” *Revista de derecho privado*, 1984, pp. 881 y ss., MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. “La protección civil de la persona por razón de la menor edad (una aproximación teológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)” *Anuario de derecho civil*, núm. 4, 1992, p. 1433., ALBALADEJO, Manuel., *Derecho civil I. Parte general.*, 11º ed., Bosch, Barcelona, 2002, p.252

¹⁶⁶ Esta idea es impulsada inicialmente por DE CASTRO Y BRAVO, Federico., al afirmar “la capacidad de obrar, como derivada del estado civil, tiene la misma protección que éste; y, así, esta protegida por el orden público y sustraída al poder de la autonomía de la voluntad”. en *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984., p. 51., Igualmente, ALBALADEJO, Manuel., afirma “la capacidad de obrar general depende del estado civil de la persona y de su edad”, en *Derecho civil. Parte general.*, 11º ed., Bosch, Barcelona, 2002, p.230

¹⁶⁷ ALBALADEJO, Manuel., *Derecho civil. Parte general.*, cit., p.252

la plena capacidad de obrar de la persona con carácter general. Esto significa que el criterio apuntado reconoce la capacidad de obrar, en sí misma, como la posibilidad de realizar eficazmente actos jurídicos¹⁶⁸ de forma autónoma y sin intervención de la representación legal para la validez de los actos.

Sin embargo, cabe apuntar que si bien De Castro considera que “La ley no nos obliga a medir las condiciones psíquicas de cada persona para averiguar su capacidad de obrar, sino que pone su capacidad en relación y dependencia de cada estado civil”¹⁶⁹. A continuación, hace referencia a la aptitud natural psicológica del individuo en los siguientes términos, “La capacidad de obrar, aunque mediatamente puede estar afectada por la aptitud natural del individuo, jurídica e inmediatamente resulta del reflejo de cada estado civil. Puede, por lo tanto, definirse como: la cualidad jurídica de la persona que determina –conforme a su estado- la eficacia jurídica de sus actos”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ HUALDE, José Javier., *Manual de derecho civil. Introducción y derecho de la persona*, 3º ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 111., ALBALADEJO, Manuel., *Derecho civil. Parte general.*, 11º ed., Bosch, Barcelona, 2002, p.230., DE CASTRO Y BRAVO, Federico., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984., p. 56., GETE-ALONSO, María del Carmen., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 159 y ss.

¹⁶⁹En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, Federico., afirma que “no puede admitirse que la capacidad de obrar y su extensión dependan de la aptitud natural psicológica” en *Derecho civil de España*, Madrid, Civitas, 1984., pp. 49-51. En un sentido similar, apunta ALBALADEJO, Manuel., que “ciertamente una cosa es la verdadera capacidad de obrar, y otra las condiciones psíquicas adecuadas (la llamada capacidad natural) para obrar válidamente. Pero la verdad es que como tanto una como otras, si faltan, impiden legalmente la realización válida del acto, frecuentemente se piensa que de incapaz puede calificarse tanto al que le falta una, como al que carece de las otras. Lo cual no es inexacto en un sentido vulgar, pero sí hablando con rigor jurídico. Mas ocurre que a veces, tanto la doctrina como la jurisprudencia, y no menos la ley: primero, utilizan la palabra “incapaz” en un sentido vulgar; y, segundo, en todo el tema de que se trata carecen de exactitud terminológica.”, en *Derecho civil. Parte general.*, 11º ed., Bosch, Barcelona, 2002, p. 231.

¹⁷⁰ DE CASTRO Y BRAVO, Federico., dice “no puede admitirse que la capacidad de obrar y su extensión dependan de la aptitud natural psicológica” en *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984., pp. 49-51. En un sentido similar, apunta ALBALADEJO, Manuel., “ciertamente una cosa es la verdadera capacidad de obrar, y otra las condiciones psíquicas adecuadas (la llamada capacidad natural)

En realidad, la mayoría doctrinal comparten la consideración de que el ámbito de actuación del niño es limitada¹⁷¹. Ahora bien, esto es así desde la reforma del CC de 1981, puesto que como han indicado autores como Jordano y De Prada¹⁷², la capacidad de obrar del menor debe ser interpretada conforme a lo dispuesto en el art. 162 CC, puesto que en el precepto indicado hay elementos suficientes para construir jurídicamente la capacidad general del niño en el ámbito limitado y variable de sus aptitudes personales¹⁷³. En este sentido, reconocen que el menor de edad manifiesta un desarrollo evolutivo a la largo de su infancia y por ello, es importante tener en cuenta la madurez, es decir, la capacidad para comprender y para querer¹⁷⁴. Ahora bien, como es sabido, la madurez no es un proceso de desarrollo constante sino que varía según la edad y la persona, y además, en relación con el contenido y con la naturaleza del acto específico, por ello, debe ser tomada en cuenta convenientemente caso por caso.

A modo ilustrativo, Jordano entiende la capacidad natural como un criterio de determinación de la capacidad de obrar, de manera que el reconocimiento de la suficiente madurez, esto es, las condiciones subjetivas del individuo, posibilita a la persona, realizar determinados actos de forma válida, aunque sea un menor de edad.

Esta interpretación pone de manifiesto un nuevo tratamiento del niño en el ordenamiento jurídico español a través de la capacidad general de la persona. El art. 162 CC equipara en determinados actos la capacidad natural del menor, con la capacidad de

para obrar válidamente. No obstante, la ausencia de una y otra, impiden que legalmente la realización válida del acto, frecuentemente se piensa que de incapaz puede calificarse tanto al que le falta una, como al que carece de las otras. Lo cual no es inexacto en un sentido vulgar, pero sí hablando con rigor jurídico. Mas ocurre que a veces, tanto la doctrina como la jurisprudencia, y no menos la ley: primero, utilizan la palabra “incapaz” en un sentido vulgar; y, segundo, en todo el tema de que se trata carecen de exactitud terminológica.”, en *Derecho civil. Parte general.*, 11º ed., Bosch, Barcelona, 2002, p. 231

¹⁷¹ JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor” *Revista de derecho privado*, 1984, p. 891

¹⁷² JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor”, cit., pp. 892 y ss., DE PRADA, José María., “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1983, p.392

¹⁷³ JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor”, cit., pp. 891 y ss.

¹⁷⁴ IBIDEM

obrar suficiente, de manera que reconoce cierto margen de libertad para decidir sobre el propio interés en el ámbito de los derechos de la personalidad.

Pues bien, con base en lo apuntado hasta el momento, la postura adoptada en estas líneas se adhiere a la propuesta de Jordano y De Prada¹⁷⁵ puesto que, desde la reforma del CC de 1981, la consideración del menor de edad como persona incapaz no tiene cabida. Sin duda, como indican los autores, la posibilidad de actuación del menor en el ámbito personal se corresponde con la nueva concepción del menor, puesto que se reconoce que el niño presenta un desarrollo individual progresivo y en este sentido, se entiende que, si bien una edad establecida de forma estática aporta seguridad jurídica, no guarda una relación directa con la determinación de la capacidad de obrar del individuo. Es decir, no se afirma que la madurez deba ser considerada como el único factor que determine la capacidad de obrar limitada del menor, sino que la edad, no es el único criterio determinante de la posibilidad de actuación del niño.

Al hilo de esta hipótesis, resulta de interés traer a colación la Resolución fechada el 3 marzo de 1989¹⁷⁶, en la que se resuelve que, “en torno a la situación del menor de edad en nuestro Ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma, que de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquel para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados”. Y añade, “No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (vid. Artículo.

175

¹⁷⁶ RJ 1989/2380. Literalmente, se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y el Notariado para reconocer la capacidad de obrar de dos menores de edad y, con ello, dar validez a la aceptación de una donación. Véase LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción., “Comentario a la resolución de la DGR y N de 20 de enero 1989”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 1991, pp. 91-100

162.1 del Código Civil); y, por otra parte, el artículo 322 del Código Civil debe ser valorado en conexión con la técnica del Código civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión (vid. Artículos. 46,443, 662, 992, 1246 y 1263 del CC, y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.), lo que permite afirmar que a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan) por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1,3 y 4 del Código Civil) y no por el recurso de una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad.”

Y asimismo, a modo ilustrativo, se observa cómo esta consideración es además, la que contempla determinadas normas jurídicas de carácter específico como por ejemplo, el RD 223/2004 en relación con la participación del niño en los ensayos clínicos. En virtud del artículo 3.1.1º de la norma se reconoce que, “Si el sujeto del ensayo es menor de edad. Se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga doce años o más, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo”. Así pues, en este caso, se entiende que cumplida la edad mencionada, se considera que el niño tiene suficiente madurez para decidir por sí mismo si participa. Por todo ello, se puede afirmar, pues, que la capacidad de obrar del menor se ha regulado en la legislación española de forma dispersa y con carácter fragmentario¹⁷⁷. De ahí, el origen de una variedad de interpretaciones doctrinales en esta materia por ausencia de una normativa específica que concrete el contenido de ésta.

Desde la promulgación de la CE, la diversa normativa sobre el menor y la capacidad, no ha sido, en ningún caso, unificadora de los criterios presentados. Es por ello que la doctrina lamenta que el legislador haya perdido la oportunidad de ordenar

¹⁷⁷ LÁZARO, Isabel., *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2003, p.46

sistemáticamente lo relativo a la capacidad de obrar de los menores de edad, corrigiendo el tratamiento fragmentario y, en cierto modo, defectuoso del Código civil¹⁷⁸. Tras las ideas apuntadas parece conveniente recordar que en la actualidad, en el ámbito de los derechos de la personalidad, se reconoce la titularidad de los mismos, por consiguiente, omitir el reconocimiento de su ejercicio cuando la persona tiene suficiente madurez para actuar, independientemente de la edad del niño, supone vulnerar la ley¹⁷⁹.

Es de advertir que las reformas introducidas desde aprobación de la CE, han ido identificando cada vez más la capacidad de obrar del menor con la madurez¹⁸⁰. En este sentido, la edad así como el estado civil, han dejado de ser un criterio único de determinación de la capacidad de obrar del menor puesto que la norma positiva considera de necesaria observancia el desarrollo de la personalidad y la progresiva madurez del individuo para la realización de determinados actos. Así pues, el art. 2 de la LOPJM proclama que las limitaciones de la capacidad de obrar de los niños se interpretarán de forma restrictiva. Por ello, la edad y la madurez son dos criterios que conviven a la hora de determinar en cada caso la capacidad de obrar del menor de edad.

En definitiva, a la hora de abordar la capacidad de obrar limitada del niño es necesario partir, tal y como ha indicado los autores mencionados¹⁸¹, del art. 162.2.1º CC, por ser la disposición relativa a la actuación de los representantes legales. Por ello, a continuación, se analiza su contenido. Ahora bien, es de advertir de antemano que el tenor literal del artículo 162 del CC ha dado lugar a distintas interpretaciones en cuanto a los actos que el menor de edad puede o no puede ejercer por sí mismo y del mismo modo, en cuanto a los actos que pueden ejercer los representantes legales del niño. En efecto, esto es así como consecuencia de la redacción gramatical de la disposición.

¹⁷⁸ LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción., “La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, *Actualidad Civil*, núm. 4, 1999, p.1590

¹⁷⁹ Así, el art. 10.1 de la Constitución Española y el art. 162 del Código Civil

¹⁸⁰ LETE DEL RÍO, Javier., *Derecho de la persona*, 3º ed., Tecnos, Madrid, 1996, p.27

¹⁸¹ JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor” *Revista de derecho privado*, 1984, pp. 891 y ss.

2.LA ACTUACIÓN DE LOS REPRESENTANTES LEGALES EN LA ESFERA PERSONAL: ALCANCE Y LÍMITES

La representación legal está reconocida y desarrollada en el CC a favor de la persona. Así, los supuestos en los que la normativa reconoce el ejercicio de la representación legal dentro del Derecho de Familia son los siguientes:

- Los padres, como titulares de la patria potestad, tienen la representación legal de los hijos menores no emancipados (arts. 154 y 162.1 CC) igualmente, sobre los hijos mayores de edad legalmente incapacitados (art. 171 CC).
- El tutor representa al incapacitado y al menor no emancipado que no estén bajo la patria potestad de los padres (supuestos contemplados en el art. 222 y 267CC).
- El defensor judicial representa tanto a menores como a incapacitados (en los casos previstos legalmente, arts. 163 y 299 CC).
- El representante del concebido no nacido (art. 627 CC), el declarado ausente (art. 184 CC) y el representante del declarado desaparecido que será representado por el defensor (art. 181 CC).

A la luz de lo apuntado, es de advertir que los niños son sujetos dependientes, necesitados de protección y por ello, la representación legal del menor no emancipado se ejerce, en primer orden, por quien ostenta la patria potestad. En su defecto y en segundo orden, se ejerce un tutor y en última instancia, por la Administración pública¹⁸². No obstante lo anterior, en lo que sigue, el análisis de estudio se limita únicamente al de la representación legal de los hijos menores de edad no emancipados por los padres como titulares de la patria potestad por constituir, como se ha indicado anteriormente, la institución jurídica de protección del niño por excelencia.

¹⁸² GARCÍA, María 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, Navarra, 2004, p. 30

Fundamentalmente, este epígrafe examina el alcance de la actuación representativa en la toma de decisiones que afecten al menor de edad. En otras palabras, aborda los límites de dicha actuación. De este modo, se puede determinar, además, la posibilidad de actuación del niño por sí mismo en el mundo jurídico, habida cuenta de que en el período de la minoridad, la capacidad de obrar reconocida al niño es limitada. De acuerdo con ello, cabe apuntar que, como ha puesto de relieve De Castro¹⁸³, el conjunto de las causas por las que el ordenamiento jurídico español reconoce una limitación en la capacidad de obrar del menor de edad son las siguientes:

- La falta de conocimiento natural ya que sin él, no cabe llevar a cabo ningún acto jurídico.
- La falta normal de independencia del menor, pues ha de estar regularmente bajo la patria potestad o tutela.
- El beneficio que le permite eludir la responsabilidad negocial, como merecedor de especial protección.

Esto significa que la limitada capacidad de obrar del menor imposibilita en muchos casos la actuación autónoma y por lo tanto, para suplir dicha limitación, el sistema ha reconocido el ejercicio de la representación legal del hijo menor de edad como instrumento o mecanismo de protección del niño. De forma que ésta, con carácter general, le corresponde a los padres que ostentan la titularidad de la patria potestad¹⁸⁴.

Los padres, en el ejercicio de la patria potestad representan al menor de edad por estricta tipificación legal¹⁸⁵. En este sentido, la ley configura el poder de representación e igualmente determina el ámbito de actuación de las facultades representativas¹⁸⁶. Sin

¹⁸³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 169 y ss.

¹⁸⁴ Así lo ha reconocido en el inciso primero del art 162 del Código Civil y el art. 154.2 del Código Civil

¹⁸⁵ LASARTE, Carlos., *Curso de derecho patrimonial. Introducción al derecho*, 14º ed., Tecnos, Madrid, 2008, p.174., LACRUZ, José Luis, *Elementos de derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 310

¹⁸⁶ Véanse los arts. 154, 156 y 162 del Código Civil.

olvidar que, la jurisprudencia y el derecho positivo, reconocen al niño una progresiva capacidad para actuar de forma autónoma en supuestos determinados y ello va a reflejar cierta influencia en el campo de la actuación de la representación legal. De manera que en el caso de no ser determinante la voluntad del menor para actuar y tomar decisiones personales por falta de capacidad natural suficiente, la ley actuará por un lado, como un mecanismo legitimador de la actuación de los padres en representación del menor y por otro lado, en sentido inverso, también como límite de la actuación¹⁸⁷.

El poder de representación de los padres que ostentan la patria potestad comprende todas las facultades concernientes a los bienes, derechos y deberes de los hijos, salvo aquellos que estén expresamente exceptuados por normativa¹⁸⁸. Concretamente, en el ámbito personal, la actuación de quien ostenta la representación legal se ejerce en torno a los derechos fundamentales y derechos de la personalidad¹⁸⁹. Por ello, respecto al ámbito de la actuación representativa, interesa centrar el análisis en los actos determinados que pueden ser ejercidos por quien ostenta la patria potestad y en las exclusiones contempladas legalmente en la representación. De este modo, pues, se podrán analizar de forma adecuada, a posteriori, los dilemas presentes en cuanto a la intervención de quien ejerce la patria potestad en los supuestos exceptuados legalmente. Por lo tanto, se trata de examinar el alcance de la autonomía del menor que está sujeto a la patria potestad a través de la representación legal como mecanismo de protección que reconoce la legislación y en sentido contrario, los límites de la representación.

En cuanto a los actos excluidos de la representación legal paterna hay que traer a colación el art. 154 del CC puesto que reconoce que el ejercicio de la patria potestad “comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes”. Ahora bien, a la hora de abordar esta cuestión,

¹⁸⁷ LACRUZ, José Luis., *Elementos de derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 311

¹⁸⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Sistema de derecho civil*, 10º ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 262

¹⁸⁹ SÁNCHEZ-CALERO, Blanca., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 43

es necesario centrar la atención en el art. 162 del CC, por tratarse de la única disposición de nuestro ordenamiento que excluye para determinados actos la representación legal de los hijos menores de edad no emancipados.

El art. 162 proclama, “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. 2º. Los actos en que exista un conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3º. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres”

El precepto exceptúa la representación de los padres en tres supuestos. Los dos primeros hacen referencia al ámbito personal del individuo y el tercero, a la esfera patrimonial. Pues bien, en lo que sigue, únicamente se abordan las dos primeras exclusiones por afectar a la esfera personal del niño. En cambio, la tercera excepción no es analizada en estas líneas puesto que lo patrimonial no forma parte del objeto de estudio propuesto.

2.1 Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

La excepción proclamada en el art. 162 del CC, ha propiciado una interpretación variada sobre el contenido de la disposición por parte de la doctrina. En aras de la brevedad, las posturas desarrolladas pueden sintetizarse en dos interpretaciones.

Primero, la de quienes indican dos exclusiones de la disposición, considerando exceptuados de la representación legal de quien ejerce la patria potestad del menor, por un lado, los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo esté en situación

de realizar por reunir las condiciones de madurez necesarias y por otro, los actos que el hijo pueda realizar por sí mismo de acuerdo con las leyes que lo permiten¹⁹⁰.

Segundo, la de aquellos que de la interpretación del precepto han desarrollado una postura más próxima a las manifestaciones de la realidad social de los niños considerando que el contenido de la disposición transcrita desglosa las actuaciones correspondientes a la vertiente personal del menor en tres planos diferentes. La primera, hace referencia a los actos relativos a los derechos de la personalidad. La segunda, a los actos que el niño, de acuerdo con las leyes, puede realizar por sí mismo. Por último, aquellos otros actos que el menor de edad, de acuerdo con sus condiciones de madurez, en entiende que igualmente pueda realizar por sí mismo. En este ámbito, la situación del menor queda referido al marco de actuación que la realidad social admite¹⁹¹.

Pues bien, en estas líneas, se interpreta que los actos exceptuados son, en primer lugar, los relativos a los derechos de la personalidad en los que las condiciones de madurez de la persona es vinculante. Y en segundo lugar, aquellos actos que el menor de edad pueda realizar por sí mismo, por un lado, porque la ley lo autoriza y por otro lado, porque la condiciones de madurez lo permiten. De esta forma la actuación del representante no queda excluida siempre, sino que únicamente cuando el menor es maduro y está reconocido el ejercicio autónomo del niño. Partiendo del enfoque indicado, se comparte aquí, la interpretación que considera la suficiente capacidad natural como un criterio vinculante en la determinación de la actuación autónoma.

¹⁹⁰ Apunta VENTOSO, Alfonso., que las dificultades de interpretación del precepto surgen “porque se ha pretendido recoger en el mismo número la referencia a los derechos de la personalidad y la remisión al resto de la normativa y gramaticalmente no era tan fácil referir las condiciones de madurez a aquéllos con los términos que empleó el código; y se han agrupado en el mismo número porque existe un común denominador en ambos supuestos: actuación por el propio hijo” en *La representación y disposiciones de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, pp. 145-146., En un mismo sentido se ha manifestado SÁNCHEZ-CALERO, Blanca., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de los menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 58-59

¹⁹¹ JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor” *Revista de derecho privado*, 1984, p. 892

A la luz de lo expuesto, se puede advertir que esta interpretación presenta afinidad, por ejemplo, con la LAP, puesto que reconoce en primer lugar, capacidad legal al menor emancipado y al menor, mayor de dieciseis años para emitir el consentimiento informado. Concretamente, el art. 9.4 de la norma mencionada proclama “cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años (...) no cabe prestar el consentimiento por representación”. Por su parte, reconoce que cuando el menor de edad sea capaz intelectual y emocionalmente, es decir, cuando tenga madurez podrá igualmente actuar por sí mismo. En cambio, cuando el menor no sea maduro, actuarán los representantes legales a favor de su mejor interés. A tales efectos, el tenor literal del art. 9.3 de la misma norma proclama “se otorgará consentimiento por representación (...) cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión”.

Las distintas posturas anotadas parten de una interpretación gramatical del precepto diversa. Por lado, la de quienes entienden que en el art. 162 CC, la conjunción “u”, es una conjunción disyuntiva y no copulativa. Por otro, la de quienes interpretan la misma conjunción de diferente modo, por entender que es copulativa y no disyuntiva.

En realidad, de la disposición se desprenden dos requisitos diferentes. Estos son, la autorización previa de la ley para poder actuar y las condiciones suficientes de madurez. Así, cuando una persona menor de edad consiente un acto sin capacidad natural, dicho acto, no se considera válido. Del mismo modo, cuando un menor realiza una actuación no autorizada por la ley, la actuación no se considera válida. Entorno a esta cuestión, la doctrina y la jurisprudencia reconocen autonomía al niño cuando quede determinado un adecuado grado de madurez para poder tomar decisiones autónomas y este criterio, es tenido en cuenta a la hora de valorar el alcance del ejercicio de la patria potestad, así como la posible validez de actuación de un menor. Por consiguiente, en la actualidad,

puede considerarse asentada la idea según la cual en el ámbito de los derechos de la personalidad no rigen las reglas generales de la capacidad de obrar¹⁹².

Atendida esta exigencia, cabe recordar que la representación de los hijos menores corresponde en primer orden a quien ejerce la patria potestad y que ésta, es básicamente un deber-función de los padres que comprende las facultades relativas a bienes, derechos y deberes de los hijos a excepción de los contemplados en el art. 162 CC. Así, a continuación se abordan “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. En esta excepción se incluyen, pues, dos supuestos. Los actos relativos a los derechos de la personalidad en los que las condiciones de madurez de la persona es vinculante y aquellos actos que el hijo pueda realizar por sí mismo, por un lado, porque la ley lo autoriza y por otro lado, porque la condiciones de madurez lo permiten.

2.1.1 Actos que el menor puede realizar de acuerdo con las leyes y las condiciones de madurez.

Al hacer referencia a los actos que la ley permite realizar al propio menor de edad, se está haciendo alusión a la capacidad reconocida para operar en determinadas situaciones contempladas en la norma. Esto significa que sin duda, la legislación reconoce un abanico de situaciones en las que se regula la posibilidad de actuación del niño a través de la presunción de una madurez considerada suficiente para ejercer determinados actos. Ahora bien, estas situaciones no siguen criterios sistemáticos ni uniformes¹⁹³.

El derecho positivo reconoce de forma expresa determinados supuesto en los que el menor de edad tiene reconocida capacidad para decidir por sí mismo a través del criterio cronológico, de forma que el niño puede actuar sobre un determinado asunto a partir del

¹⁹² SANTOS, María José., “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p. 64

¹⁹³ GARCÍA, María 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, Navarra, 2004, p.34

cumplimiento de una edad específica. Por el contrario, en otras ocasiones no se atiende a las edades sino a la madurez personal. A modo ilustrativo, el CC reconoce entre otras, un límite de edad, en los catorce años, para posibilitar al niño otorgar testamento (art. 663 CC). Y en un sentido similar, se posibilita igualmente la adquisición de la nacionalidad española (art. 20, 21 y 23 CC). Asimismo, se reconoce que a partir de los dieciséis años el menor puede ser testigo en un situación de epidemia con un número mínimo de otros tres testigos (art. 701 CC). Pues bien, los actos mencionados en los que la ley reconoce la posibilidad de actuación autónoma del niño, son en todo caso, actos excepcionales con carácter absoluto¹⁹⁴. Esto significa que quien ejerce la actuación es el propio menor por sí mismo, lo cual implica que quien ejerce la patria potestad no puede intervenir en representación legal.

A tales efectos, los límites apuntados confirman que no todos los actos jurídicos requieren la misma capacidad de obrar y por lo tanto, a pesar de que la persona titular del derecho sea un menor de edad, puede ejercer sus derechos por sí mismo en algunos casos, concretamente en los actos que estén reconocidos de forma expresa en la norma.

Atendidas las consideraciones anteriores, parece conveniente mencionar en este epígrafe, que al igual que en el CC, determinadas leyes específicas contemplan la materia. Por tanto, teniendo en cuenta el carácter general del art 162 CC entorno a esta cuestión, no se puede olvidar la regulación de las leyes especiales, dado que en esencia, pueden ampliar o limitar la capacidad de obrar del niño en las actuaciones previstas.

En el contexto sanitario, en lo que respecta a la toma de decisión, la excepción queda reconocida de forma expresa en la LAP puesto que proclama que el menor de edad tiene capacidad legal para prestar el consentimiento informado de forma autónoma sobre cualquier acto a partir de los dieciséis años, sin intervención de representación legal.

¹⁹⁴ ARANDA, Remedios., *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p.30

2.1.2 Actos relativos a los derechos de la personalidad en los que las condiciones de madurez son vinculantes.

Al hacer referencia a los actos relativos a los derechos de la personalidad del individuo, es de advertir la correspondencia existente en el ordenamiento jurídico español entre los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales en relación al niño. En este punto cabe recordar, pues, que la legislación no regula el ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad a través del derecho positivo, de modo que, a pesar de que los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales no son completamente coincidentes, la doctrina ha considerado que por analogía es aplicable la excepción contemplada en el art. 162 CC tanto al ámbito de los derechos de la personalidad como al de los derechos fundamentales¹⁹⁵. Esto significa que dentro de los derechos de la personalidad, se deben incluir los derechos fundamentales del niño¹⁹⁶. Y de acuerdo con esta premisa cabe recordar además que, en el ámbito de los derechos de la personalidad no rigen las reglas generales de capacidad de obrar¹⁹⁷. Por lo tanto, en los actos relativos a los derechos de la personalidad adquiere una relevancia fundamental el reconocimiento de la capacidad natural del niño, es decir, la madurez¹⁹⁸.

La regla general indica, pues, que el menor con capacidad natural reconocida, puede realizar por sí mismo actos que impliquen el ejercicio los derechos de la personalidad sin más limitaciones que las establecidas en virtud del art. 6.2 de la LPJM, las cuales son “la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.” Así,

¹⁹⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Sistema de derechos fundamentales*, 2º ed., Aranzadi, Navarra, pp. 137-138

¹⁹⁶ ASENSIO, Miguel Ángel., *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, Dykinson, Madrid, 2012, p.35

¹⁹⁷ SANTOS, María José., “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p.64

¹⁹⁸ Respecto al ámbito de actuación del menor, afirma DE LAMA, Alejandra que queda “eliminada la posibilidad de defender la tesis formalista en el ámbito de la personalidad según se desprende del art. 162 CC y del 155 CF debe partirse de una concepción realista de la capacidad donde prima el criterio de la madurez” en *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 102

el menor como titular de derechos y libertades, puede ejercer los derechos de la personalidad a través de aquellos actos para los que tenga reconocida suficiente madurez, por ser éstos una manifestación de la dignidad del individuo. Esto es así porque la capacidad general de los menores no emancipados es variable y flexible y por ello, se presenta un ámbito limitado en función del grado de desarrollo intelectual y personal que socialmente corresponde a cada edad¹⁹⁹. En cambio, el menor sin capacidad natural no puede ejercer por sí mismo los derechos de la personalidad.

Sentado lo cual, hay que tener en cuenta dos cuestiones que han sido objeto de estudio por la doctrina mayoritaria española y por el interés de su fundamento en este trabajo, parece apropiado esgrimir. La primera, consiste en determinar cuáles son las condiciones para considerar que un menor posee suficiente madurez a la hora de decidir de forma autónoma y por sí mismo e igualmente, quién valora la adquisición individual de dichas condiciones. La segunda, consiste en examinar el alcance de la exclusión en la actuación de quien ejerce la representación legal y, en ausencia de capacidad natural, determinar quién es la persona legitimada para el ejercicio de los actos.

En cuanto al análisis de la primera cuestión planteada, recuerda la doctrina que los principales criterios que los ordenamientos jurídicos utilizan para delimitar el autoejercicio de los derechos de la personalidad por el menor son varios. De un lado, la adquisición de una edad previamente establecida, bien sea general o específica según el derecho que se vaya a ejercitar. De otro, la presencia de una determinada capacidad natural, es decir, la exigencia de una madurez intelectual²⁰⁰. Así, los criterios rectores son la edad y la madurez²⁰¹. Sobre esta cuestión, la doctrina indica que la capacidad natural del menor debe ser valorada en cada caso y para cada acto. No obstante lo anterior, cuando existan dudas sobre el grado y las condiciones de madurez de una

¹⁹⁹ JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor” *Revista de derecho privado*, 1984, p.893

²⁰⁰ ALÁEZ, Benito., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp.147 y 148

²⁰¹ En efecto, reflejo del criterio adoptado en nuestro sistema es, a modo ilustrativo, la consideración de la gradual autonomía del menor en la toma de decisiones. Ello, en virtud de los arts. 10, 12 y 39 de la Constitución Española, así como de los arts. 135, 154 y 162 del Código Civil.

determinada persona, la valoración final le corresponde al Juez²⁰². Por lo tanto, se deben valorar las circunstancias personales de cada caso, al igual que el tipo de acto concreto, prevaleciendo, en el ejercicio de los derechos de la personalidad, un criterio casuístico²⁰³ y quedando determinado que cuando se produzca una situación de conflicto, la función del juez es la de valorar dichas condiciones.

En coherencia con ello, cabe valorar las consecuencias que puedan resultar de la determinada actuación en el ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor. De manera que cuanto más graves sean las consecuencias, mayor grado de discernimiento y madurez debe presentar la persona para adoptar una decisión válida²⁰⁴.

Pues bien, respecto a la segunda cuestión, afirma la doctrina de forma unánime que, en cualquier caso, el ejercicio de los derechos de la personalidad deben ser ejercidos por los representantes legales cuando el niño no posea madurez suficiente²⁰⁵. No obstante, la doctrina ha puesto de manifiesto distintas interpretaciones. Ciertamente, la

²⁰² DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Familia y derecho.*, Civitas, Madrid, p.185., ALVENTOSA DEL RÍO, José Fina., “El derecho a la autonomía de los pacientes”, en CABANILLAS, A., (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, p.199

²⁰³ SANTOS, María José., “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p.64

²⁰⁴ SANTOS, María José., “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, cit., p.68

²⁰⁵ En torno a esta cuestión y en un sentido opuesto se han manifestado, RUIZ-RICO, Juan y María José GARCÍA, al afirmar una postura que en absoluto es compartida en estas líneas, así consideran que, “Aun cuando, ciertamente, el fundamento último de ese poder decisorio de los menores en materia de derechos personalísimos se halla justamente en su condición de inherentes a la persona –lo que como regla general debe excluir la intervención de terceros, incluidos representantes legales-, más que en el grado de madurez de los sujetos, es a la vez significativo que el legislador no se plantee su asignación a los representantes legales en algunos casos. Pueden existir situaciones en que esos derechos no puedan ser de hecho utilizables por los menores, o al menos resulta dudosa su atribución plena a los mismos. A pesar de todo, las normas prefieren correr ese riesgo de inactividad o de inadecuado ejercicio por el propio menor, antes que dejar en manos de los representantes legales la toma de decisiones sobre aspectos tan personales. Ello demuestra una voluntad de depositar confianza en la madurez de los menores de edad que, en teoría, debería poder trasladarse a otras esferas”, en *La representación legal de menores e incapaces*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 101

disposición posibilita la intervención en beneficio del niño, por parte del titular de la patria potestad en el ejercicio de los derechos mencionados, sin embargo, el argumento jurídico que justifica la intervención presenta una interpretación de la norma variada.

Así, una posición doctrinal²⁰⁶ entiende que la representación legal de los menores corresponde a los padres con carácter general. Esto significa que si el menor no tiene capacidad natural, los padres ejercen la totalidad de derechos fundamentales del niño. No obstante, esta postura afirma que, la excepción proclamada en el art. 162 del CC, no hace referencia a una categoría de derechos cuya representación legal esté prohibido, sino que únicamente deben considerarse exceptuados los actos de ejercicio de los derechos fundamentales cuando el menor puede realizarlos por sí mismo. Básicamente, la excepción planteada pone el acento en la posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales en una actuación concreta cuando el menor de edad presente capacidad natural para ser autónomo, de manera que, a falta de presupuesto básico, esto es, en ausencia de las condiciones de madurez, actúan los padres en representación²⁰⁷.

Por el contrario, hay quienes afirman que los derechos de la personalidad son innatos, por lo tanto, en cuanto que se trata de derechos personalísimos, ni pueden ser ejercidos por una persona distinta al titular de los mismos, ni a través del poder de representación de los padres. De manera que, si un menor de edad tiene suficiente madurez para actuar de forma autónoma se exceptúa la representación legal. En cambio, los padres pueden adoptar determinadas decisiones cuando el menor no tiene suficiente madurez. Ahora bien, la intervención no se lleva a cabo en condición de representantes legales, sino en ejercicio de la potestad-función que les compete al velar por el mismo²⁰⁸.

²⁰⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Sistema de derechos fundamentales*, 2º ed., Aranzadi, Navarra, 2005, p.138., JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor” *Revista de derecho privado*, 1984, p.895

²⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Sistema de derechos fundamentales*, cit. p.139., JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor” cit. p.896

²⁰⁸ ROCA, Encarna., *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.351., GARCÍA, María del Carmen., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado: Especial*

En coherencia con ello el TS, ha calificado la patria potestad en los siguiente términos “el derechos de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y, dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no meramente facultativo –como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos- sino en obligatorio para quien lo ostenta”²⁰⁹. En este sentido, el TS reconoce que el ejercicio de la patria potestad tiene una naturaleza de función.

Pues bien, en estas líneas se entiende que la no intervención de quien ejerce la patria potestad puede provocar un menoscabo importante según el supuesto de que se trate. Así, como indica De Prada si excluimos en todo caso de la representación de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad se puede dar el absurdo de que el hijo quede desprotegido en los derechos de la personalidad en todos aquellos supuestos en que no pueda ejercerlos por sí mismo por faltar el mínimo juicio necesario²¹⁰. De acuerdo con el autor, considerar la exclusión de los actos relativos a los derechos de la personalidad de forma tajante es inadecuado. A modo ilustrativo, si por falta de capacidad para decidir no se produce una intervención sanitaria, medicamente necesaria para la persona menor, se puede estar provocando un deterioro en el estado de salud grave e irreversible, de manera que, se estaría actuando en contra del interés del menor. Es por ello que en estas líneas se considera más acertada la segunda postura presentada puesto que, partiendo de la base de que los derechos de la personalidad no son susceptibles de sustitución, supone delimitar la actuación de los representantes legales al deber de velar por el menor en el ejercicio de los derechos de la personalidad con base en dos presupuestos; la falta de capacidad natural de obrar y el estricto interés del

consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 91., SANTOS, María 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, p.69

²⁰⁹ STS, núm. 1991/7447, de 11 de octubre, FD 2

²¹⁰ DE PRADA, José María., “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1983, p.392

menor, esto es, a la consecución de un beneficio evidente y necesario para el niño²¹¹.

La actuación de quien ejerce la patria potestad, en aras de protección del menor por falta de capacidad reconocida, se fundamenta en el mandato legal que confiere a los padres una facultad de actuación con la finalidad de velar por el menor, siempre a favor de sus intereses y de acuerdo con la personalidad del niño. Excluida la función representativa, por la función de velar a favor del menor, se comprende el necesario consentimiento emitido así como la correcta intervención de quien ejerce la patria potestad.

En este sentido, los actos relativos a los derechos de la personalidad, no pueden ser interpretados como excepción absoluta desde el momento en que se permite a los padres actuar como representantes en supuestos especiales con el fin de proteger al máximo los derechos fundamentales, a través del deber de velar por el menor²¹². La exclusión debe ser interpretada de forma relativa²¹³, es decir, ante la ausencia de capacidad natural, puesto que la actuación de los representantes en determinados casos no sólo es conveniente sino además, es necesaria. Ahora bien, hay que tener en cuenta que no todos los derechos pueden ser ejercidos a través de representación. Hay determinados derechos que únicamente pueden ser ejercidos por el titular del mismo porque pertenecen a la esfera espiritual de la persona como por ejemplo la libertad religiosa²¹⁴.

El derecho a la libertad religiosa del niño es un derecho fundamental que pertenece a la esfera espiritual del individuo. Por ello, si bien es cierto que el ejercicio de los derechos

²¹¹ GARCÍA, María 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, Navarra, 2004, p. 92

²¹² ARANDA, Remedios., *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 29

²¹³ URIBE, Antonio., “La representación de los hijos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1983, p.261

²¹⁴ ALVENTOSA DEL RÍO, José Fina., “Notas sobre el derecho a la libertad religiosa del menor”, en GÓNZALEZ, José Manuel y Fernando MÉNDEZ (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Diputación de Castellón, Castellón, 1999, p.37

fundamentales es posible a través de la representación legal, no es menos cierto que existen derechos en los que sólo cabe la actuación directa del menor de edad, de modo que, no es posible la intervención de un tercero²¹⁵. Se trata, pues, de compatibilizar dos exigencias que responden a la misma inscripción protectora del menor, esto es, el reconocimiento de la iniciativa personal propia y por lo tanto, de su autónoma personalidad, con la necesaria intervención de los padres en beneficio e interés del menor, controlando, vigilando y defendiendo, las posibles carencias inherentes a la propia personalidad²¹⁶.

Tal y como afirma Aláez²¹⁷, “si se admite la posibilidad de que un derecho fundamental sea ejercitado a través de un representante, ha de ser porque el interés que éste proteja sea el interés del representado y porque la voluntad que emita sea la misma que la del representado si pudiese ejercer el derecho por sí mismo”. Por lo tanto, en lo que respecta al ámbito de los derechos de la personalidad, la exclusión del ejercicio de quien ostenta la patria potestad, es una excepción relativa. Y así, queda aceptada la posibilidad de actuación de los padres en relación con estos derechos.

²¹⁵ Afirma literalmente ALÁEZ, Benito., “El padre o tutor del menor no puede vivir, pensar, hablar y expresarse (...) en nombre y en representación de aquél. Ciertas facultades naturales del derecho a la vida, la libertad personal, la libertad ideológica y de conciencia, el derecho a la intimidad, al honor o a la propia imagen, la libertad de expresión y de información, de creación artística (...) sólo pueden ser ejercitadas por el menor, puesto que el interés al cual sirve su garantía como parte del contenido de esos derechos fundamentales únicamente se ve satisfecho si es el propio menor el que realiza las acciones en que consisten.” en *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 127 y 128

²¹⁶ SÁNCHEZ, Carmen., “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad” en CABANILLAS, A., (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, p.953., JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor” *Revista de derecho privado*, 1984, p.884., En este sentido véase la exposición de motivos de la LOPJM 1/1996, donde afirma que “El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro”.

²¹⁷ ALÁEZ, Benito., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p.113

Por su parte, el TC²¹⁸ es explícito al afirmar “Los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales (...) sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida (...), su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en los que la legislación gradúa su capacidad de obrar”.

Y en sentido similar, Bastida²¹⁹ reconoce que “la minoría de edad no es un estatus jurídico que prohíba el acceso al ejercicio de los derechos fundamentales. Por ello, para delimitar el ámbito de ejercicio de los derechos fundamentales durante la minoría de edad o incapacidad es constitucionalmente más adecuado un criterio flexible como el de la posesión de suficiente madurez, y no el rígido de un tope de edad”.

A tales efectos, en estas líneas se entiende que de no ser interpretado del modo indicado, es decir, a través de un criterio necesariamente flexible, es probable que se presenten supuestos en los que se actúe de forma contraria a la voluntad del menor de edad, lo cual es innecesario si efectivamente la persona presenta una condiciones de madurez suficientes para actuar en este ámbito de forma autónoma y conforme a su voluntad, tratando de hacer efectivo su propio interés. Así pues, la exclusión de los padres en el ejercicio de los derechos de la personalidad no es absoluta ya que en caso de serlo se estaría desprotegiendo al menor de edad. De hecho, en torno a esta cuestión, el TC es muy explícito al afirmar que “los actos relativos a los derechos de la personalidad, de los que queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres en cuanto titulares de la patria potestad, según explícitamente proclama el art. 162.1 del Código civil; tal exclusión por otra parte, no alcanza al deber de velar y cuidar del menor y sus intereses”²²⁰.

²¹⁸ STC, núm. 154/2002, de 18 de julio, FJ 5

²¹⁹ BASTIDA, Francisco José., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p.95

²²⁰ STC, núm. 154/2002, de 18 de julio, FJ 5

En definitiva, en la legislación española, en lo que respecta a los derechos de la personalidad, se presentan dos modalidades de ejercicio, los cuales han sido denominados por la doctrina como autoejercicio y heteroejercicio de los derechos²²¹. En la primera, cuando el menor de edad tiene madurez suficiente para ejercer sus derechos de forma autónoma, actúa por sí mismo. La segunda, a falta de madurez en el caso concreto, actúan los representantes legales a favor del interés del menor y escuchando en todo caso su opinión en aras de tenerla en cuenta para la toma de decisión.

2.2 Actos en los que existe un conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

La cuestión que se plantea a la hora de analizar la exclusión de los actos en los que se presente un conflicto de intereses entre padres e hijos es, por un lado, la relativa a la determinación de lo que se entiende como conflicto de intereses en el ejercicio de la patria potestad y por otro, el ámbito en el que se puede presentar el conflicto.

Hay que tener en cuenta que la normativa no aporta una conceptualización que sirva como referencia para la concreción del determinado conflicto, de manera que, con la intención de delimitar la exclusión, es conveniente acudir a las aportaciones realizadas por la doctrina y la jurisprudencia para precisar las situaciones en las que se presenta la posibilidad de un conflicto de intereses de carácter personal en las relaciones familiares puesto que de este modo, se pueden determinar los límites de la actuación de quien ejerce la patria potestad al entrar en colisión con los intereses del menor.

La jurisprudencia tampoco aporta una definición de lo que se considera en nuestro sistema como conflicto de intereses, ni oposición de intereses. Ahora bien, de las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado se desprenden ciertas precisiones a nivel conceptual de carácter orientativo a la hora de aproximarnos al concepto. Así, ha determinado por un lado, que ha de excluirse del supuesto de conflicto de intereses aquellos en los que se defiendan intereses concurrentes, ya que los mismos podrán ser coincidentes, paralelos o comunes e incluso distintos, siempre y

²²¹ ALÁEZ, Benito., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 125 y ss.

cuando sean compatibles²²². Únicamente cuando se trate de intereses evidentemente enfrentados, se entiende el supuesto subsumido en la exclusión. Y por lado, que cuando los perjuicios de esa oposición de intereses se deriven al menor, hay que motivar la designación de un defensor judicial y éstos, han de ser actuales y reales, y no futuros e hipotéticos²²³.

El conflicto de intereses se presenta, tal y como indican Ruíz y García²²⁴, cuando el representante del menor no cumple con su deber de velar por los intereses del niño, sino que, muy al contrario, acaba defendiendo otros intereses, bien sean los propios del representante, o los de un tercero con independencia de que el abandono sea consciente.

En cuanto al ámbito en el que se pueden acaecer intereses opuestos cabe señalar que tradicionalmente, ha estado relacionado con aspectos de orden económico, concretamente, en el ejercicio de la administración de los bienes por el representante. No obstante, en la actualidad, se considera que el ámbito en que puede producirse esta excepción, tiene lugar tanto en asuntos patrimoniales como extrapatrimoniales²²⁵. Por ello, habida cuenta de que el conflicto puede originarse en cualquier ámbito, resulta conveniente recordar que el conflicto referido en estas líneas pertenece al de carácter personal. En coherencia con ello, la normativa tipifica las facultades y deberes de los

²²² Resolución de 14 de mayo de 2010, de la Dirección General de Registros y del Notariado.

²²³ Resolución de 27 de enero de 1987, de la Dirección General de Registros y del Notariado.

²²⁴ GARCÍA, María José y José Manuel RUIZ-RICO., *La representación legal de menores e incapaces*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p.86

²²⁵ DíEZ, Héctor., “Artículo 163” en BERCOVITZ, Rodrigo (ed.), *Comentarios al Código civil*, 4º ed., Aranzadi, Pamplona, 2013, p.1689., Afirma ARANDA, Remedios., que el conflicto de interés puede provocarse en asuntos patrimoniales en base a las siguientes razones en torno a la cuestión, “El Código Civil no distingue en el término del asunto. Lo importante es que se produzca una contraposición de intereses en el ámbito de la actuación representativa de los padres que puede afectar a la esfera personal o patrimonial. La posibilidad de conflicto de intereses personales se hace más patente con la Ley de 1996, al reconocer en el capítulo II (arts. 3-9) los derechos del menor e imponer a los padres el deber de respetarlos, protegerlos y favorecer su ejercicio” en *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 39

progenitores²²⁶ y asimismo, confiere un deber de obediencia al niño²²⁷.

Asentados los mínimos mencionados y en lo que respecta a la posibilidad de conflicto del ámbito personal, afirma Rivero que la presentación conflictiva del interés del menor puede manifestarse de dos modos diferentes. Estos son los siguientes.

En el primer caso, se produce una situación que únicamente afecta a la persona menor de edad, sin entrar en conflicto con otro derecho u otra persona. Este caso, encuentra su fundamento en la toma de decisión. Concretamente, en la valoración de las alternativas disponibles y en la elección de la opción considerada como la más beneficiosa para el niño²²⁸. De este modo, más que un auténtico conflicto de intereses se trata de un desacuerdo sobre de lo que se considera como el mejor interés del niño²²⁹.

A nivel práctico, se manifiesta en la toma de decisión sobre cuestiones relativas a la protección de la salud o incluso en relación a la educación. Así, el conflicto se origina al tratar de imponer a la persona menor de edad una conducta determinada que, en efecto, el menor rechaza por ir en contra de sus consideraciones o principios personales.

En el segundo supuesto al valorar cada uno de los derechos enfrentados se debe decidir a favor de un derecho en concreto, pero siempre teniendo en cuenta interés superior del menor como principio rector. En esta situación, un derecho cede frente al otro²³⁰. En los casos en los que existe una colisión en los intereses de los padres por un lado y del hijo por otro, debe ponderarse a favor de un interés, bien el del menor, bien el de los padres

²²⁶ Véase art. 154 del Código Civil

²²⁷ Igualmente, el art. 155 Código Civil, sin olvidar que ese deber de obediencia hace referencia a unos niveles adecuados de conducta, de manera que sea compatible con el libre desarrollo de la personalidad así como con el respeto de la autodeterminación personal del menor de edad.

²²⁸ RIVERO, Francisco., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 142

²²⁹ DÍEZ, Héctor., “Artículo 163” en BERCOVITZ, Rodrigo., (ed.), *Comentarios al Código civil*, 4º ed., Aranzadi, Pamplona, 2013, p.1689

²³⁰ RIVERO, Francisco., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, p.143

titulares de la patria potestad. No obstante, las decisiones que incumban al niño deben ser valoradas, en todo caso, escuchando la opinión del niño y en aplicación del interés superior de éste. Por ello, de lo mencionado se desprende que el conflicto de intereses supone un límite en la actuación representativa de quien ejerce la patria potestad.

Ahora bien, el art. 163 CC dice “Siempre que el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor que los represente en el juicio y fuera de él”. Así, es un criterio compartido por la doctrina y la jurisprudencia, que el art. 163 CC forma parte del desarrollo del art. 162.2 del CC²³¹.

Asumida la intervención de defensor judicial para solventar el dilema, parece conveniente, a la hora de abordar los actos en los que pueda existir un conflicto de intereses entre los padres y el hijo como excepción a la representación legal, deslindar si el principio del interés superior del menor debe, en todo caso y sin excepción, prevalecer frente a otros intereses en caso a generarse un posible dilema.

En torno a esta cuestión, el TC recuerda que “Sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar porque el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy

²³¹ El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto “el artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2 de este ordenamiento; la representación legal de los padres, en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en relación de uno o varios actos, se compruebe la existencia de conflicto de intereses, que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan; una vez acreditado este extremo, el juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado; y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que haya conflicto de intereses”. En las SSTs, núm. 720/2004, de 9 de julio, FD 3., núm. 1010/2003, de 5 de noviembre FD 3

lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño”²³².

En apoyo a esta idea y tras revisión de la normativa se observa que, con carácter general, está reconocido que el interés del menor debe tener una consideración prioritaria. No obstante, no debe considerarse como exclusivo ni excluyente²³³, sino que será necesario armonizarlo con las circunstancias familiares que le rodeen²³⁴.

En coherencia con ello se ha pronunciado el TC considerando que “se encuentran en juego derechos e intereses de extraordinaria importancia (...) como serían además los del menor, los de sus padres biológicos y los de las restantes persona implicadas”²³⁵. En este sentido, se trata de un principio orientador promulgado a favor y en protección del menor, pero no quiere decir que, siempre y en todo caso, deba prevalecer²³⁶.

Por su parte, el TC en el caso concreto hace una distinción entre los derechos de los padres y los derechos de los menores, en este sentido afirma “libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior de los menores de edad”²³⁷.

Según Jordano²³⁸, “se trata de compatibilizar dos exigencias en cierto modo contrapuestas que responden a la misma inscripción protectora del menor: el

²³² SSTC, núm. 215/1994, de 14 de julio, FJ 3., núm. 260/1994, de 3 de octubre, FJ 3., núm. 60/1995, de 17 de marzo, FJ 5., núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 3.

²³³ RIVERO, Francisco., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, p.94

²³⁴ CABALLERO RIBERA, Mónica y Marta BO JANÉ., “El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?”, *La ley*, núm. 6, 1996, p.1491

²³⁵ STC, núm. 124/2002, de 29 de mayo, FJ 5

²³⁶ En este sentido la STC, núm. 34/1996, de 11 de marzo, FJ 3 dice “el ejercicio de cada derecho no tiene más límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás, sin prevalencia apriorística de cualquiera de ellos y, por tanto, en un equilibrio inestable, sin que ninguno de ellos tenga carácter absoluto ni rango superior a los colindantes”.

²³⁷ STC, 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4

²³⁸ JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor” *Revista de derecho privado*, 1984, p.884

potenciamiento de su autónoma personalidad, de su iniciativa personal propia (protección de la personalidad del menor desde él mismo) y la indiscutible necesidad de la existencia de poderes (potestades) de control, vigilancia y defensa que suplan las carencias inherentes a la propia personalidad del menor (protección de la personalidad del menor desde fuera)”. A tales efectos, lo que la exclusión ofrece es por un lado, una ampliación del reconocimiento de la autonomía del menor de edad para actuar en las situaciones en los que se manifieste un capacidad natural adecuada y madurez suficiente a la circunstancias de cada de situación concreta, de la misma manera que se favorece su libre desarrollo de la personalidad así como, por otro lado, se está garantizando al mismo tiempo una protección al menor en caso de surgir un dilema o conflicto.

En definitiva, en caso de determinación de conflicto de intereses entre padres e hijo, la actuación representativa de los primeros quedará excluida por estricta tipificación legal, ahora bien, con la finalidad de garantizar los intereses del menor se nombra a un defensor judicial que vela por los mismos. Las normas de nuestro ordenamiento jurídico consagran como directriz básica la prioridad del principio del interés superior del niño, no obstante, el principio no posee carácter absoluto frente a otros.

3.CONSIDERACIONES FINALES

- El criterio general establecido en la normativa, pone de manifiesto que, en el autoejercicio de los derechos de la personalidad es necesaria una determinada capacidad natural, en virtud del respecto a la seguridad jurídica, así como en aras de protección al propio menor o incapaz, de manera que, sólo a falta de los presupuestos necesarios que rigen la condiciones de madurez y corroboran la posibilidad actuación autónoma del derecho, puede ser ejercidos por los representantes legales a favor del menor.
- Un primer elemento que afecta a la capacidad es el cumplimiento de una edad determinada para ejercer los derechos, no obstante, en el ejercicio de los derechos de la personalidad, el criterio de la capacidad natural incide de forma de directa. La evaluación de la madurez deben ser valoradas en caso concreto y para cada acto específico. Igualmente, la valoración final de tales condiciones le

corresponde al juez.

- En los derechos de la personalidad del menor de edad, hay que atender a dos criterios de determinación de la actuación de la persona. El primero, es el criterio de la capacidad natural de obrar, que como es sabido en este ámbito, la persona con suficiente madurez, puede ejercer los derechos con carácter general. El segundo, no obstante, es el criterio de la edad, en este sentido, cuando una ley establece un límite legal de edad respecto a un acto determinado, el menor, a falta de edad, no está capacitado para actuar.
- En relación con los actos relativos a los derechos de la personalidad, queda exceptuada la actuación del representante legal, en los supuestos en los que el menor posea capacidad natural reconocida para entender el acto determinado de que se trate. Esa facultad de discernimiento, posibilita la actuación autónoma del hijo en la medida que sus condiciones de madurez se adecuen al caso concreto. Por lo tanto, la actuación del menor es amplia siempre que posea la madurez suficientes. Otorgando a éste cierta autonomía que encuentra su fundamento en el desarrollo de la personalidad del individuo en conexión con la protección del mismo, por lo tanto, se trata de una relación directa entre autonomía y protección.
- En cuanto a los actos que la ley permite realizar al propio menor, queda esclarecido que la actuación representativa de quien ejerce la patria potestad y en su caso, la tutela no encuentran cobertura legal, por considerarse en estos casos, que la persona esta plenamente capacitada para realizar el acto de forma independiente. En consecuencia, esta restricción de actuación de quien ejerce la patria potestad debe considerarse de forma absoluta puesto que, efectivamente, se trata de un límite en su intervención.
- La exclusión de la representación legal en relación a los actos relativos a los derechos de la personalidad debe ser interpretada de forma relativa. Esta afirmación encuentra su fundamento en que el menor de edad sin capacidad

natural no quede desamparado en este ámbito. La actuación de los representantes es conveniente y necesaria aunque no todos los derechos fundamentales puedan ser ejercidos en representación.

- Los derechos de la personalidad a falta de capacidad natural del niño son ejercidos por los representantes legales y su intervención debe desarrollarse a través de la función que les compete de velar por el niño. Este ámbito de actuación, está sujeto a mecanismos de control establecidos por la norma, por ello, si se presenta un conflicto de intereses en la toma de decisión, interviene el Ministerio Fiscal para proteger el interés del menor.
- El reconocimiento de la posibilidad de actuación del menor de edad en el ámbito de los derechos de la personalidad es un intento de conciliación de dos exigencias, estas son, la autonomía y la protección de la persona. De manera que, al mismo tiempo que fomenta el desarrollo de la personalidad del menor de edad, se está protegiendo a través de estas medidas con carácter preventivo a la persona con capacidad de obrar limitada.

PARTE 2

CAPÍTULO III. LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

El presente capítulo aborda la configuración jurídica adoptada en España sobre el consentimiento informado. Para ello, se examina de forma individualizada tres conceptos que, en estas líneas, han sido considerados como fundamentales entorno a la emisión de un consentimiento informado válido en el marco de la relación clínica.

El primero, hace referencia a la autonomía de la voluntad del paciente en la toma de decisiones sanitarias sobre la propia salud. Evidentemente, una de las manifestaciones de la autonomía de la voluntad se materializa a través de la emisión del consentimiento informado. De ahí, la conveniencia de abordar una aproximación a la noción.

El segundo, analiza los presupuestos fundamentales del deber de información del facultativo y los profesionales sanitarios. Así, el objetivo de este epígrafe queda determinado en la concreción de los elementos básicos que deben ser contemplados por el profesional de la salud en la transmisión de la información aportada al paciente antes de cada actuación.

Por su parte, el tercero, en un línea similar a la desarrollada en el tratamiento de la información, examina con carácter general, la configuración jurídica del consentimiento informado del paciente a través del análisis de los presupuestos que lo conforman, los cuales, han sido determinados por la normativa y la jurisprudencia.

Es de advertir que el tratamiento por separado de la información, de una parte, y del consentimiento, de otra, no significa que exista una imposibilidad en la práctica de que ambos coexistan. Muy al contrario, el ordenamiento jurídico reconoce dos derechos que si bien son diferentes, en la relación clínica aparecen estrechamente vinculados.

Precisamente, en términos muy explícitos, el TC²³⁹ ha declarado 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”.

Esto significa que el ejercicio del consentimiento informado no puede ser válido ni legítimo sin la previa información. La información en este ámbito, debe ser entendida como un medio o instrumento que da cumplimiento al ejercicio del consentimiento informado, otorgándose, en dos momentos diferentes y dando presupuesto a la autodeterminación personal en la toma de decisiones sobre la propia salud del paciente.

De esta forma, como ha indicado la doctrina²⁴⁰ y la jurisprudencia²⁴¹, la información se caracteriza por ser, a la vez, un derecho en sí mismo considerado y un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos. De acuerdo con ello, la información tiene además de un valor propio, un valor instrumental, que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos y del funcionamiento institucional de los mismos. Esto es, como garantía de derechos tiene una vertiente subjetiva y una vertiente objetiva²⁴².

Desde el punto de vista subjetivo, el derecho a la información cumple la función de ampliar y dar contenido al principio de autonomía personal para posibilitar el ejercicio

²³⁹ STC, núm. 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5

²⁴⁰ ESCOBAR, Guillermo., “Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales”, en CASCAJO, José Luis (coord.), *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 586

²⁴¹ STC, núm. 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3

²⁴² ESCOBAR, Guillermo., “Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales”, en CASCAJO, José Luis (coord.), *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 586

de la libertad de decisión y elección²⁴³. Así, el derecho a la información debe ser concebido como un instrumento que opera a favor del cumplimiento de un mejor ejercicio de la libertad de opción, incluida en la faceta defensiva del derecho a la protección de la salud de los arts. 4 y 5 LAP, como una garantía subjetiva²⁴⁴.

Básicamente, de la presente construcción jurídica se constata que la información transmitida de forma adecuada, posibilita el ejercicio de la libertad de decisión así como de elección del paciente y de ello se deduce, que la información en el ámbito de la relación clínica es un presupuesto necesario para la emisión del consentimiento informado de forma libre, consciente y voluntaria. El proceso de información adquiere una relevancia fundamental a la hora de transmitir la información. Apuntada esta distinción necesaria, se aborda a modo introductorio una aproximación a la noción de autonomía.

1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE

En el marco de la relación clínica y en el de la concepción bioética principialista se han desarrollado distintos instrumentos jurídicos y éticos que velan por el respeto de la autonomía de la voluntad del paciente.

Concretamente, desde la perspectiva jurídica, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LAP) reconoce, entre otros, el consentimiento informado como un mecanismo de protección que legitima las actuaciones clínicas y en este sentido, garantiza la autonomía del paciente.

²⁴³ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS., “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de derecho a la comunicación*, núm. 1, 2000, p.100

²⁴⁴ESCOBAR, Guillermo., “Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales”, en CASCAJO, José Luis (coord.), *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 586

Por su parte, desde la perspectiva de la ética biomédica se han configurado cuatro principios que orientan las decisiones de las personas en este área. Los principios son: no maleficencia, justicia, beneficencia y autonomía²⁴⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este epígrafe se lleva a cabo una aproximación a la noción de autonomía por la conexión que tiene con el objeto de estudio de este capítulo. Al aludir a la noción de autonomía, se está haciendo referencia a una cuestión amplia y de gran complejidad puesto que se trata de una noción que no sólo incumbe a las diversas ramas del Derecho sino que además, el término ha sido desarrollado por los teóricos desde la perspectiva de sus distintas implicaciones y enfoques²⁴⁶.

Así pues, ante un panorama tan amplio, cabe señalar que en el seno de la relación clínica la manifestación de la autonomía del paciente no se limita únicamente al derecho a obtener la información sobre el propio proceso sanitario-asistencial y al consentimiento informado, sino que igualmente, de esta noción se desprende por ejemplo, el derecho del paciente a manifestar de forma anticipada la voluntad sobre un tratamiento a través del documento de instrucciones previas y por supuesto, el derecho a conocer los propios datos sanitarios.

Desde este prisma, la autonomía del paciente puede ejercerse a través de distintos mecanismos de garantía reconocidos en la norma que aseguran el derecho a la autodeterminación personal. Sin embargo, en estas líneas, únicamente se analizar la realización a través del ejercicio del consentimiento informado, que ha sido concebido como garantía del derecho fundamental a la integridad corporal²⁴⁷.

²⁴⁵BEAUCHAMP, Tom y James CHILDRESS., *Principles of Biomedical Ethics*, 5º ed., University Press, New York, 2001, pp.58 y ss.

²⁴⁶BERGSMA, Jurrit y David THOMASMA., *Autonomy and clinical medicine. Renewing the Health Professional Relation with the Patient*, Kluwer, Netherlands, 2000, pp. 4 y ss.

²⁴⁷STC, núm. 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5

Apuntado lo anterior y en una primera aproximación al término, se puede afirmar que la noción de autonomía atañe al carácter autolegisador de las personas. Por ello, el deber de respetar la autodeterminación del individuo supone reconocer a la persona el derecho a decidir, elegir e incluso el derecho a equivocarse sobre los asuntos de su salud²⁴⁸.

La institución del consentimiento informado que es la que se aborda a continuación, legitima las actuaciones sanitarias porque permite al paciente decidir y elegir sobre los aspectos relacionados con su salud, su vida, valores y su integridad personal.

De conformidad con esta idea, autonomía significa autogobierno del individuo²⁴⁹ y en éste área se ejercita ante cualquier acto, tratamiento e intervención que se lleve a cabo sobre el propio cuerpo del paciente o usuario del servicio sanitario. En realidad, desde una perspectiva amplia, la autonomía de la voluntad del paciente está conformada por tres dimensiones: una autonomía decisoria, una autonomía funcional o ejecutiva y una autonomía informativa²⁵⁰. Así pues, cabe desglosar someramente las mismas.

En primer lugar, explica Seoane que la autonomía decisoria hace referencia a la toma de decisión. El ejercicio de la autonomía decisoria tiene lugar en un proceso comunicativo entre los profesionales y el paciente. En este punto, hay que tener en cuenta que el paciente que interviene en el proceso debe cumplir al menos tres condiciones esenciales: la información, la voluntariedad y la capacidad²⁵¹. Esto es así porque la

²⁴⁸ DE LORA, Pablo., “Caracterización general de la Bioética” en DE LORA, Pablo y Marina GASCÓN., *Bioética. Principios, desafíos, debates*. Alianza, Madrid, 2008, p.43

²⁴⁹ VALERIUS, Jukka., “The value of autonomy in medical ethics”, *Medicine, Health Care, and Philosophy*, 2006, p. 377

²⁵⁰ SEOANE, José Antonio., “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *Eidon*, núm. 39, 2013, pp. 30-31., NAIK, Aanand., Carmel DYER., Mark KUNIK y Laurence McCULLOUGH., “Patient autonomy for the management of chronic conditions: a two-component re-conceptualization”, *American Journal of Bioethics*, núm. 9, 2009, pp. 23-30

²⁵¹SEOANE, José Antonio., “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *Eidon*, 2013, núm. 39, pp. 30., NAIK, Aanand., Carmel DYER., Mark KUNIK y Laurence MCCULLOUGH., “Patient

teoría del consentimiento informado considera que la emisión de la voluntad únicamente es válida cuando es emitida en observancia de estas circunstancias.

Así pues, las condiciones se desglosan de la siguiente manera. La información, hace referencia por un lado, a la información que el paciente aporta al facultativo o personal sanitario sobre su estado y por otro, a que el paciente disponga de los datos suficientes para poder valorar de forma adecuada los aspectos relevantes sobre un tratamiento o intervención. A tales efectos, lo interesante de la información es el contenido esencial que debe ser transmitido por parte de ambos participantes en dicho proceso comunicativo, pero esta cuestión desarrollada más adelante²⁵².

La voluntariedad ha sido definida como la capacidad de actuar de una persona en consonancia con las percepciones auténticas y originarias de cada uno. Esto significa que una decisión es voluntaria cuando la persona actúa de acuerdo con un auténtico sentido de lo que es bueno, justo y mejor para sí mismo a la luz de la propia situación²⁵³. De forma que la voluntariedad del paciente en el proceso de emisión del consentimiento informado hace referencia a la necesidad de que la deliberación sea personal e interna, es decir, sin manipulación, coacción, ni influencias de terceros²⁵⁴.

En la práctica clínica, cuando un paciente ejerce el consentimiento informado, es muy difícil determinar si elemento de la voluntariedad está presente en la toma de decisión²⁵⁵. Por ello, a modo ilustrativo, en el caso de los pacientes menores de edad

autonomy for the management of chronic conditions: a two-component re-conceptualization”, *American Journal of Bioethics*, 2009, núm. 9, pp. 23-30

²⁵² A este respecto, véase el epígrafe 2.4 de este capítulo denominado: “Contenido de la información”.

²⁵³ ROBERTS, Laura., “Informed consent and the capacity for voluntarism”, *American Journal of Psychiatry*, vol. 159, 2002, pp.705 y ss.

²⁵⁴ APPELBAUM, Paul., Carl LIDZ y Robert KLITZMAN., “Voluntariness of consent to research: a conceptual model”, *Hastings Center*, núm. 1, 2009, pp.30 y ss.

²⁵⁵ Autores como APPELBAUM, Paul., Carl LIDZ y Robert KLITZMAN, proponen un modelo conceptual para determinar la voluntariedad en el consentimiento informado emitido en el área de la

con madurez, la influencia que los padres pueden ejercer en una determinada decisión puede poner en riesgo la voluntariedad de las decisiones de estos²⁵⁶.

Por último, la capacidad se refiere a las aptitudes cognitivas y volitivas del individuo que han sido analizadas en el capítulo anterior. Es decir, a la adquisición de la capacidad de obrar para actuar de forma autónoma. El citado autor explica que en atención a la capacidad se suceden tres escenarios en los que se desglosa la autonomía decisoria. En palabras de Seoane son “1.1. La decisión durante la capacidad en el momento presente, mediante el consentimiento informado. 1.2. La decisión durante la capacidad para un momento futuro de incapacidad a través del documento de instrucciones previas y la planificación anticipada de la atención. 2.3. La decisión durante la incapacidad que abre paso a las decisiones de representación”²⁵⁷.

Dicho esto, el punto de partida es la comunicación ya que a través de ella el paciente conforma una opinión fundada y en consecuencia puede tomar una decisión. De este modo se consigue alcanzar el objeto de la prestación de los servicios sanitarios. Esto es, la prevención o de promoción de la salud y dentro del proceso sanitario, la finalidad asistencial o curativa, cuando se pueda y en su caso, la satisfactiva.

Así entendido, la calidad de la información que se transmite al paciente en relación con la salud debe llevar implícito la forma competente en la tarea informativa mutua. A raíz de la comunicación el paciente puede ejercer adecuadamente la autonomía decisoria.

investigación, en “Voluntariness of consent to research: a conceptual model”, *Hastings Center*, núm. 1, 2009, pp. 30-39

²⁵⁶ SCHERER, David y Dickon REPPUCCI, “Adolescent’s capacities to provide voluntary informed consent: The effects of parental influence and medical dilemmas”, *Law and Human Behavior*, núm. 2, 1988, pp.123 y ss.

²⁵⁷ SEOANE, José Antonio., “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *Eidon*, núm. 39, 2013, pp. 30 y ss.

Igualmente, el proceso comunicativo debe ser objetivo, ello implica la transmisión de una información veraz y comprensible para ambas partes. De este modo, la persona competente será capaz de valorar las mencionadas opciones terapéuticas disponibles y decidir cuál es su mejor interés de entre las mismas de forma consciente y voluntaria.

La decisión autónoma es central en el pensamiento moderno para entender la libertad y la conducta de la persona²⁵⁸. Para que una decisión sea autónoma debe ser intencional, emitida tras comprender adecuadamente toda la información y totalmente libre de influencias²⁵⁹. Esta connotación debe regir en toda actuación sanitaria dado que el respeto a la autonomía del paciente es un principio fundamental en la relación sanitaria. Según el TC “La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses, incluso en aquellos supuestos en los que se actúa de forma necesaria sobre el enfermo para evitar ulteriores consecuencias”²⁶⁰.

Hasta aquí lo que se refiere a la autonomía decisoria del paciente. En segundo lugar, Seoane explica que la autonomía funcional o ejecutiva se refiere a la libertad de acción.

En la dimensión funcional o ejecutiva el citado autor apunta que la libertad de acción por parte del paciente se manifiesta desde dos vertientes, por un lado, a través de la posibilidad de autorizar o en su caso rechazar una determinada actuación sanitaria. Por

²⁵⁸ GORDILLO, Lourdes., “¿La autonomía, fundamento de la dignidad?”, *Cuadernos de bioética*, núm. 66, 2008, p. 240

²⁵⁹ BASADRE, María Pilar., Sofía NAYAS., Nuria LAFUENTE., Cristina BANDRÉS y Francisco GARCÍA., “Consentimiento informado: comunicación eficaz y decisión autónoma” *ROL*, núm. 6, 2008, p.19

²⁶⁰ STS, núm. 2013/300, de 20 noviembre, FD 7

otro lado, mediante la capacidad de realizar por uno mismo las decisiones adoptadas, es decir, con suficiente competencia para llevarlas a término²⁶¹.

Esta manifestación de la autonomía está estrechamente relacionada con la autonomía decisoria. No obstante, aunque en ocasiones se unen libertad de elección y acción, en palabras del autor, es aconsejable un tratamiento diferenciado ya que en realidad, las mismas se desarrollan en dos etapas diferentes dentro del mismo proceso decisorio²⁶².

La diferencia fundamental entre ellas estriba en que, una cosa es querer decidir una alternativa determinada, es decir, hacer algo concreto y otra, es llevar a cabo realmente aquello que se quiere o se ha decidido. De acuerdo con ello, explica Seoane, que la autonomía funcional significa actuar o abstenerse y poder hacer una cosa u otra²⁶³.

En consecuencia, de acuerdo con la proyección descrita, la persona sin capacidad de obrar reconocida, como es el caso del menor de edad, necesita la intervención de un tercero que valore su mejor interés en la susodicha toma de decisión.

La tercera dimensión que analiza Seoane es la denominada autonomía informativa. La misma consiste en el poder del paciente para disponer y controlar su información de carácter personal de modo que pueda decidir por sí mismo cuándo y en qué condiciones procede revelar situaciones referentes a la propia vida y salud²⁶⁴. A este respecto, el art. 5.1 de la LAP proclama “El titular del derecho a la información asistencial es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”.

²⁶¹ SEOANE, José Antonio., “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *Eidon*, núm. 39, 2013, p. 31

²⁶² SEOANE, José Antonio., “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, cit., p. 31

²⁶³ IBIDEM

²⁶⁴ IBIDEM

Ello implica superar una concepción meramente instrumental de la información, restringida por lo general a la información clínica, como requisito para el ejercicio de la autonomía decisoria, es decir, para la transmisión del consentimiento informado y, reconocer también, el carácter autónomo e independiente de la decisión determinada, dado que la misma, además del valor instrumental, tiene un valor propio²⁶⁵.

Por ello, indica el autor que esta dimensión, requiere superar la perspectiva tradicional centrada en el secreto profesional y la intimidad del paciente, y hacerse cargo de la introducción de la autonomía de los pacientes en el ámbito informativo y documental y de la continuidad entre información y documentación clínica²⁶⁶.

Apuntadas las diversas manifestaciones de la autonomía de la voluntad del paciente en sentido amplio, es de advertir que en lo que sigue, únicamente se analiza el consentimiento informado como manifestación de esta noción. Por lo tanto en adelante se abordan las cuestiones concernientes a la autonomía decisoria y a la funcional ya que están directamente relacionadas con las autorizaciones sanitarias.

Teniendo en cuenta lo anterior, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad del paciente ha supuesto un factor relevante en la modificación del modelo de relación sanitaria. Dado que se ha traducido en la práctica en el hecho de que el tradicional modelo de relación jerárquica se haya reconducido hacia una relación más igualitaria.

A través de la introducción de los principios éticos de la Bioética y de los derechos, valores y libertades del paciente, se ha impulsado la superación del modelo paternalista y se ha consolidado en el marco teórico lo que ha sido calificado como un modelo de relación horizontal entre ambas partes. Aunque a día de hoy, esta es una cultura sanitaria asistencial que se ha de consolidar e implantar en la actividad diaria.

²⁶⁵ IBIDEM

²⁶⁶ IBIDEM

De acuerdo con el actual marco, la relación clínica ha quedado consolidada sobre una base de corresponsabilidad, lo cual supone derechos y deberes mutuos en el proceso asistencial y curativo. Concretamente, la autodeterminación a través del consentimiento implica la posibilidad de tomar decisiones propias relacionadas con el estado de salud a partir de la previa información y de la orientación transmitida por el facultativo.

No obstante, la autonomía del paciente no debe ser considerada como un principio ético supremo, con carácter absoluto. La autonomía desde la perspectiva ética, encuentra su límite en los restantes principios²⁶⁷. Y en un sentido similar, desde el punto de vista jurídico, encuentra su límite en la protección del orden público y en el respeto de los derechos y libertades de los demás individuos, es decir, en la autonomía de terceros²⁶⁸.

Así pues, de la construcción presentada se pueden concretar los requisitos que engloban la naturaleza jurídica de la noción de autonomía. En este sentido, la ética biomédica ha manifestado cierta unanimidad sobre los mismos, y si bien se han desarrollado diversas conceptualizaciones²⁶⁹, la mayoría identifica dos condiciones. Por un lado, la capacidad personal y por otro, la libertad de elección²⁷⁰.

En lo que respecta a la capacidad de acción personal hace referencia a la competencia del individuo para adoptar decisiones de forma intencional que ha sido analizada en el capítulo II. Ciertamente, la competencia en las decisiones está estrechamente relacionada con la emisión de decisiones autónomas de forma válida y por ende, a la capacidad de emitir el consentimiento informado.

²⁶⁷ ANDORNO, Roberto., *Bioética y dignidad de la persona*, 2º ed., Tecnos, Madrid, 2012, p.44

²⁶⁸ En esta misma línea, el artículo 1255 del Código Civil proclama, “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Por lo tanto, los límites son la ley, la moral y el orden público.

²⁶⁹ DWORKING, Gerald., *The Theory and practice of autonomy*, Cambridge University Press, 1988, p.15

²⁷⁰ BEAUCHAMP, Tom y James CHILDRESS., *Principles of Biomedical Ethics*, 5ed, 2001, Oxford University Press, New York, p.58

En cambio, en lo que respecta a la libertad, la misma es entendida como la efectiva toma de decisión personal, de carácter independiente y sin influencias externas que determinan la acción o decisión. En este sentido, se convierte en un aspecto relevante la comunicación establecida en la relación sanitaria.

De acuerdo con la interpretación puesta de manifiesto y en la línea de lo indicado por Beauchamp y Childress²⁷¹ en este contexto, se puede definir igualmente el principio de autonomía de la voluntad del paciente a través de una obligación negativa y una obligación positiva por parte de los profesionales de la salud.

La obligación negativa hace referencia a la idea de que las acciones autónomas de las personas no deben estar sometidas ni a control ni a restricciones por parte de un tercero. De acuerdo con ello, esta obligación se convierte en una guía práctica que tiende a respetar las opiniones y los derechos de los individuos siempre y cuando los pensamientos y acciones de éstos no perjudiquen gravemente a otras personas.

Sin embargo, la obligación positiva exige un trato respetuoso en la divulgación de la información y en el fomento de la toma de decisiones autónomas. En este sentido, el respeto de la autonomía del paciente, obliga a los profesionales de la salud a informar y asegurar la comprensión y la voluntariedad del paciente para fomentar la toma de decisiones adecuadas dado que muchas de las decisiones autónomas no podrían adoptarse sin una cooperación y orientación respecto de las opciones disponibles.

Desde estas pautas generales a modo introductorio, en adelante, se aborda el marco jurídico de la información y los presupuestos del consentimiento informado.

2.MARCO JURÍDICO DE LA INFORMACIÓN EN LA RELACIÓN CLÍNICA

En la relación clínica, la información está expresamente regulada en el capítulo II de LAP, bajo la rúbrica “el derecho de información sanitaria”. Las disposiciones que lo

²⁷¹ BEAUCHAMP, Tom y James CHILDRESS., *Principles of Biomedical Ethics*, cit., p.64

desarrollan, abarcan del arts. 4 al art. 6 de la ley. No obstante lo anterior, si bien es cierto que el capítulo indicado aborda en gran medida los presupuestos fundamentales del contenido de la información, en términos estrictos, algunas de las disposiciones que lo desarrollan están ubicados en el capítulo I, IV y V de la misma norma.

En lo que sigue, se desarrolla el marco jurídico de la información sanitaria en el seno de la relación clínica con base en el derecho positivo y en la jurisprudencia pronunciada por los tribunales. El tratamiento otorgado a la información se lleva a cabo desde una doble vertiente. Por un lado, desde la perspectiva del deber de informar al que está sujeto el profesional de la salud y por otro, desde la perspectiva del derecho del paciente a ser informado sobre sus propios datos sanitarios.

A continuación, el apartado se ha dividido en cinco epígrafes diferenciados en los que se aborda, en primer lugar, los sujetos titulares de la información, distinguiendo la titularidad del sujeto emisor y receptor. En segundo lugar, los distintos tipos de información sanitaria que deben ser transmitidos al paciente. En tercer lugar, se desarrollan los elementos de la información, es decir, la forma y el tiempo en el que debe y puede ser emitida respectivamente. En cuarto lugar, se analiza el contenido ordinario, asistencial y satisfactivo de la información, así como el alcance de la misma. Por último, se desarrollan los límites que presenta la información del paciente.

2.1 Sujetos titulares de la información en la relación clínica.

Las relaciones jurídicas entre personas están sujetas a derechos, deberes y obligaciones. Evidentemente, en el marco de la relación sanitaria intervienen, por un lado, los profesionales de la salud y por otro, el paciente o usuario del servicio sanitario. Por lo tanto, en el desarrollo de la actividad asistencial o curativa, van a surgir derechos, deberes y obligaciones que incumben a ambas partes mencionadas.

De acuerdo con ello, a la hora de abordar la información que debe ser transmitida en el desarrollo de esta relación, cabe distinguir, con carácter general, que el profesional de la salud, al ser el sujeto emisor de la información, ostenta el deber de transmitir la misma.

En cambio, el paciente o usuario del servicio sanitario es concebido como el sujeto receptor de la información, por lo tanto para él, la información constituye un derecho.

Sin embargo, es necesario tener presente que en el desarrollo del proceso asistencial o curativo, la información que debe ser emitida no es unilateral, sino que al ser dos partes las intervinientes en el proceso, es conveniente que se produzca una interacción entre ambas. Si bien es cierto que el primero posee los conocimientos científicos así como la técnica, es conveniente que el segundo informe al facultativo, en su propio interés, sobre el estado de salud personal así como sobre de las circunstancias de dicho estado.

En coherencia con apuntado, la LAP proclama en su articulado como principio básico segundo que “los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria”.

Sin embargo, el deber al que hace referencia la disposición no implica una obligación para el paciente en sentido propio. Muy al contrario, el tratamiento jurídico otorgado a la información por parte del paciente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es básicamente como un derecho y asimismo como un deber para el profesional.

De forma que el principio transcrito hace referencia a un compromiso a través del cual la información que el paciente transmita al facultativo voluntariamente sea verdadera y leal para que el profesional pueda desempeñar su actividad de una forma adecuada.

De acuerdo con esta premisa, resulta conveniente realizar una aproximación inicial a la relevancia que tiene el proceso de comunicación mutuo en el desarrollo de la relación clínica dado que el término información, se asocia en el contexto sanitario, a la comunicación necesaria que debe establecerse entre el profesional de la salud y el paciente. Introducida esta premisa previa, se aborda con posterioridad, los sujetos titulares de la información que intervienen en la concreta relación clínica.

Ahora bien, al analizar a los sujetos titulares de la información, interesa esgrimir dos particularidades. Por un lado, en lo que respecta al sujeto emisor, se trata de determinar tanto a la persona a quien, con carácter general, corresponde el deber de informar, como la naturaleza jurídica de dicho deber. Por otro lado, en cuanto al sujeto receptor, se trata de concretar la persona que ostenta la titularidad y el derecho a recibir la misma.

2.1.1 Generalidades

La comunicación en la atención sanitaria se ha convertido en una pieza clave para consecución del objetivo asistencial y curativo de cuidar y curar en el contexto de la relación clínica. En coherencia con ello, la comunicación debe ser entendida como un medio idóneo en el desarrollo de la relación entre el profesional y el paciente dado que, sin duda, ayuda a alcanzar de forma adecuada la finalidad perseguida en este área por ambas partes.

En palabras de Costa²⁷², el proceso de comunicación “constituye el puente de entendimiento entre ambos actores, permitiendo intercambiar información, pensamientos, preocupaciones, sensaciones, intuiciones, etc. Para los profesionales sanitarios, además, la comunicación es una herramienta de trabajo que permite elaborar la historia clínica, diagnosticar, de modo que las habilidades comunicativas les resultan necesarias para alcanzar los objetivos de la asistencia médica solicitada. Por lo tanto, desde una concepción técnica de la relación médico-paciente, la comunicación ya resulta imprescindible para lograr el acierto diagnóstico”.

Asimismo, en una primera aproximación al término, se puede caracterizar con Alves²⁷³ la comunicación entre el profesional sanitario y el paciente como “un acto central de la práctica clínica, por ello, una comunicación efectiva mejora la satisfacción del paciente,

²⁷² COSTA, Carmen., *La comunicación en el hospital: la gestión de la comunicación en el ámbito sanitario*, Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, Sevilla, 2011, p.135

²⁷³ ALVES, Alberto., “Habilidades de comunicación: un pilar básico de la competencia clínica”, *Revista del Conarec*, núm.68, 2003, p. 19

mejora la comprensión y la adherencia a las estrategias terapéuticas implementadas y esto afecta favorablemente la calidad de nuestra atención médica”.

De acuerdo con lo antedicho, desde un prisma general, se puede afirmar que el modo adecuado en el que es conveniente que transcurra la relación terapéutica y por lo tanto, el proceso asistencial o curativo, es a través de una comunicación dinámica y siempre fluida entre las partes²⁷⁴, basada en obtener y compartir los datos sanitarios.

Desde este prisma, es fundamental que el profesional de la salud ponga a disposición del paciente la información de sus datos sanitarios de un modo comprensible, con el objetivo de que éste pueda manifestar su voluntad de forma consciente y voluntaria a través de la aceptación o rechazo de un tratamiento específico acorde con su estado.

Al mismo tiempo, es recomendable que el paciente transmita igualmente la información sobre sus datos que considere vinculante y oportuna sobre su propio estado de salud. Ahora bien, la trasmisión de los datos sanitarios, además de ser una tarea mutua y fluida, debe manifestarse de forma continuada²⁷⁵, esto es, de un modo constante a lo largo del proceso y en las condiciones anteriormente reseñadas.

La comunicación prestada en los términos descritos constituye, en suma, una correcta relación terapéutica. De este modo, como se ha apuntado con anterioridad, la autonomía informativa consiste en el poder del paciente para disponer y controlar su información de carácter personal, íntima, privada y pública, de manera que el paciente puede decidir

²⁷⁴ FLÓREZ, José Antonio., “Las habilidades de comunicación del médico en la praxis clínica actual”, *Diario Médico*, 2012, p.19

²⁷⁵ COSTA, Carmen., *La comunicación en el hospital: la gestión de la comunicación en el ámbito sanitario*, Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, Sevilla, 2011, pp.25 y ss.

por sí mismo cuándo y en qué condiciones procede revelar situaciones referentes a la propia vida y salud²⁷⁶ de un modo libre de influencias.

De los presupuestos indicados se desprende que la comunicación es un proceso de interacción y transmisión de información constante, mediante el cual, se establece una relación entre los participantes basada en la confianza para obtener y compartir los datos sanitarios. En realidad, se puede concluir que la comunicación desempeña a todos los niveles²⁷⁷ un papel fundamental y configura un elemento clave para la mencionada transmisión de la información con el objetivo de satisfacer necesidades sobre la salud.

2.1.2 El profesional de la salud como sujeto emisor de la información

El profesional de la salud es quien ostenta el conocimiento científico y la técnica, por ello, consecuentemente, es la persona a quien corresponde aplicar el mismo con una finalidad asistencial o curativa cuando el paciente lo autoriza. En este sentido, el profesional es la parte encargada de transmitir la información sobre el estado de salud de la persona, así como sobre el posible tratamiento o intervención que se llevará a cabo en el caso de que éste se muestre conforme y acepte el mismo.

El deber de la transmitir la información, según el inciso primero del art. 4.3 LAP, le corresponde en cualquier caso al médico responsable del paciente en cuestión. No obstante lo anterior, la disposición mencionada amplía la competencia indicada en su inciso final al afirmar que, igualmente, todos los profesionales que atiendan al paciente durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento, también tendrán la responsabilidad directa de informar al mismo.

²⁷⁶ SEOANE, José Antonio., “Las autonomías del paciente”, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 3, 2010, p.64

²⁷⁷ BOHÓRQUEZ, Francisco., “El diálogo como mediador de la relación médico-paciente”, *Revista Iered*, núm. 1, 2004, p. 4

Desde este prisma, la norma especifica quién es el médico responsable en el art. 3 de la LAP. En palabras de la disposición, el médico responsable es “el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter del interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales”.

La aportación sobre la figura de un médico responsable para la transmisión de la información se considera, en estas líneas, de apropiada, ya que actualmente en el proceso asistencial sanitario, por regla general, intervienen varias especialidades en el tratamiento, especialmente cuando el paciente es pluripatológicos y de este modo, la mencionada medida aportada supone una garantía de que la información sobre el proceso terapéutico será constante y efectiva.

En esta línea, cabe mencionar la aportación que realiza la LGS a través del art. 10.7, donde reconoce al paciente el derecho “A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad”.

Esta disposición normativa convive con el desarrollo y ampliación de derechos del paciente tras la entrada en vigor de la LAP, dado que en la disposición derogatoria única de la actual legislación, no contempla su concreta derogación, por lo tanto, el precepto transcrito se mantiene vigente en la actualidad.

En coherencia con lo antedicho hasta el momento, se puede afirmar por lo tanto que, si bien todo profesional tiene obligación de informar sobre los datos sanitarios, el médico

responsable es el garante último de la prestación de la información al paciente, o al menos, de constatar que la misma ha sido proporcionada²⁷⁸.

En palabras del TS, el deber de emitir la información por parte del profesional es “un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud”²⁷⁹.

Ahora bien, una vez indicada la persona a quien corresponde el deber informar, cabe esgrimir la naturaleza jurídica del susodicho deber y, para ello, es conveniente llevar a cabo una aproximación al término *lex artis* del profesional, dado que la tarea de todo facultativo en el ámbito de la salud, se desarrolla de conformidad a la misma.

En una primera aproximación al término, señala De Las Heras²⁸⁰, que la *lex artis* del profesional “hace referencia a aquél contenido de la libre y prudente actuación profesional. Esto es, al contenido esencial de la concreta profesión que consideremos que ha de estar gobernado por el conjunto de actitudes, conocimientos y saberes que se aplican a su ejercicio y cuya posesión es causa de que el profesional sea socialmente reconocido como tal”.

En la misma línea Requero²⁸¹ afirma que la *lex artis* del facultativo, “constituye un concepto jurídico que responde a un fondo común. Se identifica con la idea de un

²⁷⁸ GARCÍA, Ángel., “La información al paciente como pieza clave de la Calidad asistencial”, *Revista Clínica de Medicina de Familia*, núm. 2, 2009, p. 278

²⁷⁹ STS, núm. 2/2009, de 21 de enero, FD 3

²⁸⁰ DE LAS HERAS, Manuel., *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*, Dykinson, Madrid, 2004, p.82

²⁸¹ REQUERO, Luis., “Influencia en la Lex Artis en la responsabilidad patrimonial sanitaria”, en CONGRESO NACIONAL DE DERECHO SANITARIO., (ed.), *IX Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario*, Mapfre, Madrid, 2003, p.141

estándar de regularidad o corrección de toda actuación profesional, según los criterios técnicos contrastados y usuales, generalizados o admitidos, y que en el ámbito médico están influidos por la deontología profesional o por el sentido común y humanitario”.

Ahora bien, en cualquier caso, aunque las reglas del buen hacer del profesional sanitario suelen recibir la denominación de *lex artis*, es preferible hablar de una *lex artis ad hoc* del profesional, dado que con este término, se está haciendo referencia específica a una guía del buen hacer para enfrentarse a una determinada patología, pero vinculando las reglas generales de procedimiento en el caso concreto²⁸².

El término *lex artis ad hoc* se ha venido empleando en palabras de Martínez²⁸³ como “el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”.

De acuerdo con ello, el TS ha concretado la delimitación jurídica y el contenido material de la denominada *lex artis ad hoc* médica. En palabras del tribunal, "comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias"²⁸⁴.

De las aportaciones realizadas en la conceptualización tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se puede determinar que la obligación de los profesionales sanitarios en

²⁸² GARCÍA, Nicolás., “Algunos aspectos de la responsabilidad penal del personal sanitario” en GASCÓN, Marina., María del Carmen GONZÁLEZ y Josefa CANTERO (coords.), *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p.623

²⁸³ MARTÍNEZ, Luis., *Derecho Médico*, Tecnos, Madrid, 1988, p.188

²⁸⁴ STS, núm. 1342/2006, de 18 de diciembre, FD 2

los supuestos concretos se delimita a una obligación de medios con base en la diligencia debida por las reglas determinadas en la práctica médica.

Ahora bien, en la actualidad, es un criterio unánime en la doctrina y la jurisprudencia, la consideración de que la información en la asistencia sanitaria prestada al paciente comporta igualmente, como un elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, el deber de informar y en consecuencia, de recabar el consentimiento informado del paciente en toda actuación sobre la salud²⁸⁵. Así, información y consentimiento integran una de las obligaciones asumidas por el equipo médico como requisito previo a cada actuación²⁸⁶.

De los pronunciamientos de los tribunales se observa que la jurisprudencia más reciente permite apreciar la importancia progresiva otorgada a la emisión de la información al paciente en el procedimiento sanitario, así como la transmisión del consentimiento, como dos elementos constitutivos de una buena praxis.

De este modo, el TS ha reconocido de forma explícita la integración del derecho de información como uno de los elementos esenciales de la *lex artis ad hoc* del profesional, al declarar expresamente que, “la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica”²⁸⁷.

El TS es muy explícito al afirmar que “el consentimiento informado es de esa forma presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación

²⁸⁵ XÍOL, Juan Antonio., “El médico responsable” en XÍOL, Juan Antonio y Francisco José BASTIDA., *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, p.53

²⁸⁶ GALÁN, Julio César. “Consentimiento informado” en GASCÓN, Marina., María del Carmen GONZÁLEZ y Josefa CANTERO (coords.), *Derecho sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 364

²⁸⁷ SSTs, núm. 2006/2399, de 10 de mayo, FD 2., núm. 2006/8059, de 15 de noviembre., FD 3., núm. 2005/10149, de 21 de diciembre, FD 3

asistencial (...), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica”²⁸⁸.

En coherencia con ello, se puede concluir que la finalidad perseguida al valorar la información como un elemento esencial de la *lex artis*, es que el paciente, una vez informado de forma adecuada, tenga la posibilidad de ponderar y decidir libre y conscientemente un determinado tratamiento o intervención sobre su salud.

En virtud de lo puesto de manifiesto hasta el momento, de acuerdo con Marín²⁸⁹, se puede afirmar que el deber de información al que está obligado el médico presenta una naturaleza jurídica de las obligaciones de resultado que se halla dentro de la obligación básica de medios a la que está obligado el facultativo. De acuerdo con este enfoque, la ausencia o insuficiencia del contenido de la información es constitutivo de mala praxis por considerarse un elemento esencial y necesario para la consecución de la autodeterminación personal. Por ello, la omisión de los mencionados derechos del paciente es generadora de responsabilidad imputable al profesional.

En realidad, la autonomía de la persona, como se ha afirmado en el epígrafe anterior, es un derecho reconocido a todo paciente o usuario de los servicios sanitarios públicos y privados y el paciente hace uso de la autonomía cuando ejerce su voluntad de forma libre e independiente entre las opciones terapéuticas disponibles y ello, conlleva la necesaria transmisión previa de la información al paciente para posibilitar la emisión del consentimiento informado del mismo. Por ello, es necesario que el profesional ponga a disposición del paciente la información sobre los datos sanitarios y las distintas opciones terapéuticas existentes para que éste, pueda aceptar o rechazar un determinado tratamiento de forma informada y de esta manera, ejercitar sus derechos.

²⁸⁸ STS, núm. 2006/8059, de 15 de noviembre, FD 2

²⁸⁹ MARÍN Asunción, “La falta de información del médico como causa originadora de daño moral: comentario a la sentencia del TS de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3279)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011, pp. 298-302

Ciertamente, la jurisprudencia integra como un deber del profesional para la correcta praxis sanitaria la transmisión de la información. Ahora bien, en un sentido similar, ésta idea está reforzada en la normativa, en virtud del artículo 1.6 de la LAP, al reconocer expresamente que “todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”.

Hechas las precisiones precedentes, podemos determinar los criterios mínimos de actuación para una correcta praxis sanitaria conforme a la *lex artis ad hoc* del profesional. Entre los elementos necesarios podemos delimitar tres puntos básicos. En primer lugar, unos conocimientos científicos exigibles al profesional en su actuación, en segundo lugar, el deber de diligencia y cuidado adecuado a la hora del ejercicio profesional y finalmente, como dato novedoso, la expresión *lex artis* incluye el deber de información que el facultativo debe cumplir²⁹⁰.

La *lex artis ad hoc* implica la concurrencia de unos presupuestos característicos fundamentales y por lo tanto, la omisión de alguno de ellos produce una infracción o desprotección de los derechos del paciente. De entre los elementos indicados, está la obligación de informar de todo profesional que intervenga en el proceso, por ser éste, la persona que tiene el deber de transmitir los datos sanitarios.

En suma, con base en la construcción jurídica apuntada, se puede concluir que el incumplimiento de la obligación de informar de forma adecuada, es decir, la falta o insuficiencia de información transmitida al paciente por parte del facultativo, es constitutivo de mala praxis o infracción de la *lex artis ad hoc*. Tanto la información sanitaria como el consentimiento informado son elementos esenciales de la *lex artis ad hoc* y entre ellos además de establecerse una relación directa, constituyen un deber por parte el profesional que debe ser de observancia en todo acto y con todo paciente.

²⁹⁰ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa., “Lex Artis y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada”, *Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 17, 2006, p. 70

2.1.3 El paciente como sujeto receptor de la información

Evidentemente, el sujeto receptor de la información es el paciente. En este sentido, el art 5.1 de la LAP en su inciso primero proclama expresamente, “El titular del derecho a la información es el paciente”. Asimismo, añade en el inciso final del mismo precepto “también serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”.

De acuerdo con el actual marco, el profesional sanitario debe proporcionar al paciente la información de forma adecuada y comprensible, de este modo, previa información, le corresponde al titular la toma o renuncia de una decisión, a través del consentimiento.

No obstante lo anterior, la norma admite la posibilidad de que sean también informados los familiares o las personas allegadas al paciente. Sin embargo, dicha información se aportará en la medida que el titular de la misma lo consienta de forma expresa o tácita. Así, el paciente se convierte en el titular principal de la información.

Ahora bien, el art. 3 de la LAP, determina que una persona tiene condición de paciente cuando “requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud”. En cambio, define al usuario del servicio sanitario como “la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria”.

Desde la aprobación de la LAP, el paciente es el único titular del derecho a la información, de ello se desprende que el deber de emitir el contenido esencial del mismo por parte del profesional de la salud, queda delimitado exclusivamente a éste. El legislador considera que el derecho a recibir la información sanitaria es personal del paciente y consecuentemente también la toma de decisión, por ello refleja una extensión del derecho en el art. 5.2 de la LAP al proclamar, “El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”.

Sin embargo, en esta materia, la LAP regula determinados supuestos en los que el

paciente no es el titular único de la información y, en este sentido, la titularidad de los datos sanitarios de la persona se ve ampliado al coexistir con otros sujetos que son informados sobre el mismo contenido esencial de la información.

En primer lugar, el legislador considera relevante ampliar el criterio del profesional sanitario y consecuentemente, ampliar la titularidad de la información, al reconocer en el art. 5.3 de la ley la siguiente situación, “Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

Entorno a esta cuestión, Sánchez y Abellán²⁹¹, al analizar los arts. 5.2 y 5.3 de la LAP, que versan sobre la titularidad de la información y que hacen referencia concreta a la capacidad del paciente, han indicado cómo, de las disposiciones transcritas, se desprenden dos situaciones diferenciadas, dado que en primer lugar, la norma regula una capacidad de derecho y en segundo lugar, regula una capacidad de hecho.

En efecto, la capacidad de derecho está sujeta a las previsiones del Código Civil que presumen la capacidad de la personas mientras no se declaren judicialmente lo contrario. Sin embargo, con base a la disposición transcrita, la capacidad de hecho le corresponde al profesional sanitario de forma objetiva, que debe valorar y argumentar determinadas situaciones según el estado que presente el paciente.

Por su parte y en segundo lugar, como han indicado Alonso²⁹², el art. 6 de la LAP supone una extensión del art. 5, ya que en él se hace referencia al derecho del ciudadano a conocer de cualquier información con carácter epidemiológico en aras de proteger la

²⁹¹ SÁNCHEZ-CARO, Javier y Fernando ABELLÁN., *Derechos y deberes de los paciente*, Comares, Granada, 2004, p.21

²⁹² ALONSO, Mariano., *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Civitas, Madrid, 2003, p.36

salud de la colectividad. En este supuesto, por lo tanto, la titularidad de la información se amplía, con carácter general, a los ciudadanos.

La Ley considera la transmisión de la información epidemiológica de interés social, por lo tanto, el titular de la información en este caso es la población en su totalidad. Así, “Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley”.

Igualmente y en tercer lugar, en lo que respecta a los menores de edad, la titularidad del derecho a la información se amplía a quien ejerce la representación legal del niño, dado que por regla general, el menor de edad no tiene capacidad de obrar por sí mismo y por lo tanto, según el 9.3 LAP, le corresponde a los representantes legales, como garantes del interés del menor, recibir la información de los datos del niño para poder decir.

En síntesis, el paciente es el único titular del derecho a la información sanitaria. Por ello, tiene derecho a ser informado y a su vez, a no serlo. Por su parte, existe la posibilidad de que la titularidad sea ampliada con base en los supuestos que se presenten, por ejemplo, como consecuencia de una situación de incapacidad, como consecuencia de la minoría de edad o con base en la protección de la salud pública.

Ahora bien, habida cuenta de la importancia de entablar una buena comunicación entre el facultativo y el paciente y tras analizar la titularidad de la información en la relación clínica, cabe apuntar los tipos de información que pueden ser transmitidos, dado que, según el proceso en el que se desarrolle la relación clínica, el tipo de información a transmitir puede variar y asimismo, desde la perspectiva legal se requieren diversos grados de exigencia mínima en cuanto al contenido que deberá ser aportado.

2.2 Tipos de información sanitaria

En cuanto al derecho/deber de información, el legislador diferencia distintos tipos. Así, hace alusión, en ocasiones, a la información clínica, alude igualmente a la información

asistencial, también hace referencia a la información epidemiológica y, la doctrina científica, añade además la información terapéutica.

2.2.1 Información clínica

El legislador en virtud del art. 3 de la LAP, aporta la definición de la denominada información clínica. “Información clínica es todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla”.

Por lo tanto, la información clínica es la que se obtiene para el desarrollo de la relación médico-paciente. Se trata de una información de carácter personal, ya que versa sobre los datos de un paciente concreto. A través de la información clínica el profesional sanitario puede mostrar al paciente las posibilidades terapéuticas existentes para la toma de decisiones.

2.2.2 Información asistencial

La LAP no aporta una definición legal sobre la información asistencial, únicamente la menciona en los arts. 4 y 5, de los que se desprende que se trata de una información personal de un paciente concreto, no colectiva, que debe proporcionarse durante todo el proceso asistencial del servicio sanitario.

2.2.3 Información epidemiológica

La información epidemiológica versa sobre los datos referidos a la salud de la colectividad, es decir, de los ciudadanos. En el art. 6 de la LAP, el legislador introduce el derecho a la información epidemiológica, referida a la información que implica un riesgo para la salud colectiva o incluso individual.

En virtud del mismo, “Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos,

comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley”. Esta información está sujeta a excepción, puesto que en situaciones de riesgo, prima el interés general ante el individual, es decir, prime el interés colectivo.

2.2.4 Información terapéutica

La Ley no aporta una definición legal sobre la información terapéutica. La información terapéutica es un término empleado por la doctrina científica. Hace referencia a los medios aplicados en el tratamiento por parte del profesional sanitario al paciente.

2.3 Elementos de la información

En estas líneas se analiza de forma sucinta los elementos del derecho a la información. Concretamente, la forma y el tiempo en la que debe transmitirse la misma. Así, fundamentalmente, la primera, se refiere a los medios en los que la información puede ser emitida al paciente. La segunda, al momento en el que ésta debe ser emitida.

2.3.1 Forma de la información

La información puede ser transmitida a través de dos medios, bien de forma oral, bien de forma escrita. Ahora bien, con base en el art. 4.2 de la LAP, la forma en la que debe ser proporcionada la información por parte del profesional de la salud al paciente, con carácter general será “verbalmente dejando constancia en la historia clínica”.

La LAP dispone que la forma ordinaria de transmisión de la información es verbal, sin embargo, esta generalidad debe convenientemente reducirse a los casos poco complejos dado que, de acuerdo con Vicedo²⁹³, aunque la ley admite que la información puede ser verbal, es recomendable que la regla general se reduzca a los supuestos poco trascendentes, ya que en los casos de intervenciones quirúrgicas y procedimientos invasivos son supuestos en los que la ley exige consentimiento escrito. Por ello, es

²⁹³ VICEDO, Juan., *Información al paciente, documentación clínica y voluntades anticipadas*, Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la Provincia de Alicante, Alicante, 2003, p. 40

conveniente que aunque la información deba ser proporcionada con carácter general a través de la oralidad, quede en cualquier caso constancia escrita de que se ha informado.

En un sentido similar, afirma Guerrero²⁹⁴ que el principio general hace pensar que la información se prestará generalmente de modo escrito, rellenando al efecto los formularios de los que se suele disponer en todos los centros ya que el art. 8.2 de la ley exige el consentimiento escrito en determinados supuestos “El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”

A este respecto la jurisprudencia²⁹⁵ ha confirmado que la exigencia de la forma escrita de la información tiene un valor ab 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.

De acuerdo con este enfoque, si bien es cierto que la información, como regla general, debe ser transmitida de forma oral, es recomendable que ésta sea transmitida de forma escrita en atención tanto a lo indicado por la normativa, como a lo indicado por la doctrina y por la jurisprudencia en esta materia. No obstante lo anterior, una vez aportada la información en la forma correspondiente, es decir, tanto oral como escrita, se requiere en todo caso, que quede constancia escrita en la historia clínica.

2.3.2Tiempo de la información

La información que debe ser transmitida al paciente, debe ser proporcionada en un momento anterior a la emisión del consentimiento informado. Evidentemente, el único

²⁹⁴ GUERRERO, José., *El consentimiento informado: su valoración en la jurisprudencia. Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p.34

²⁹⁵ SSTs, núm. 721/2005, de 29 de septiembre, FD 2., núm. 44/2004, de 10 de febrero, FD 3

de modo que posibilita la libertad de elección en la toma de decisión por parte del paciente, es la transmisión de la información de los datos de forma previa.

Entorno a esta cuestión, la jurisprudencia añade que la información que transmite el profesional de la salud al paciente debe ser “con tiempo y dedicación suficiente”²⁹⁶ y además que ser puesta en conocimiento del interesado “de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos”²⁹⁷.

En esta misma línea, el art. 4.2 de la LAP ha puntualizado que, en cualquier caso, “la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”.

Ahora bien, el deber de informar no se agota en una primera y única consulta²⁹⁸, sino que se trata de un deber continuado, lo que supone que en el desarrollo del concreto acto sanitario la información sobre los datos sanitario apuntados anteriormente deben ser transmitidos de forma constante antes, durante y después del tratamiento o intervención.

2.4 Contenido de la información

Al analizar el contenido de la información que debe ser transmitido, cabe recordar como se ha indicado con anterioridad, que para el profesional de la salud la emisión de la información constituye un deber, sin embargo, para el paciente es un derecho.

²⁹⁶ SSTS, núm. 567/2010, de 22 de septiembre, FD 2., núm. 2/2009, de 21 de enero, FD 5

²⁹⁷ STS, núm. 567/2010, de 22 de septiembre, FD 3

²⁹⁸ DOMÍNGUEZ, Andrés., *Derecho sanitario y responsabilidad médica: comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ªed., Lex Nova, Valladolid, 2007, p.228

En adelante, con base en esta premisa, se desarrolla únicamente el contenido de la información que debe ser transmitido por parte del facultativo al paciente dado que en caso inverso, el paciente no está sujeto a ninguna obligación de informar y en este sentido, la información que transmita va a depender exclusivamente de su voluntad.

En coherencia con lo apuntado se abordan tres ideas. En primer lugar, se lleva a cabo un análisis jurídico relativo al contenido ordinario de la información que debe ser aportado por el profesional al paciente a través del derecho positivo. En segundo lugar, se analiza el contenido específico de la información que debe ser transmitida según el campo de la medicina en el que se desarrolle la relación clínica, es decir, en el campo de la medicina curativa o en la satisfactiva. Finalmente, se examina el alcance que tiene el deber de informar a través de los pronunciamientos de los tribunales españoles.

2.4.1 Contenido ordinario de la información

El contenido de la información que debe de ser transmitido al paciente está delimitado por la normativa. Son concretamente los artículos 2.2 y 2.3 de la LAP los que disponen, como regla general, que la información que reciba el paciente debe ser la “adecuada” para poder éste decidir de forma libre, consciente y voluntaria.

Así, el TC afirma expresamente que “es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si se dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos”²⁹⁹.

El término “adecuado” es un concepto jurídico indeterminado. Por ello, la norma específica, en el inciso final del artículo 4.1 LAP, el contenido concreto que ha sido considerado como “mínimo” y que por lo tanto, debe ser en todo caso transmitido.

²⁹⁹ STC, núm. 37/2011, de 28 de marzo, FJ 2

Pues bien, la ley proclama con base en el precepto mencionado, que la información a transmitir del profesional sanitario al paciente debe comprender como mínimo “la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”.

Ahora bien, respecto al alcance apuntado sobre del contenido mínimo que está delimitado en la disposición transcrita cabe señalar que, tradicionalmente, el TS con anterioridad a la publicación de la LAP, ya hacía referencia literal a un contenido similar que era considerado como esencial. Así, puntualizaba concretamente “El derecho o deber de información... que albergue el vasto contenido de dicha información...abarcaría como mínimo y en sustancia, por un lado, la exposición de las características de la intervención quirúrgica, en segundo lugar, las ventajas o inconvenientes de dicha intervención, en tercer lugar, los riesgos de la misma, en cuarto lugar, el proceso previsible del post-operatorio e, incluso en quinto lugar, el contraste con la residual situación ajena o el margen de dicha intervención”. Asimismo, la sentencia añadía que “en resumen, la información comprenderá para no incurrir en responsabilidad, el diagnóstico de la enfermedad o lesión que se padece, el pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y los riesgos del mismo”³⁰⁰.

En la actualidad, en un sentido similar al puesto de manifiesto por la Sala y de forma más detallada, el art. 10.1 LAP, expresa que la información básica previo tratamiento o intervención, debe contemplar “a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones”.

A este respecto, el TS ha querido precisar que “para que el consentimiento prestado sea eficaz es preciso que sea un consentimiento informado, es decir, que se preste con conocimiento de causa y para ello es preciso que se le hubiese comunicado cuáles eran las características de la intervención a la que sería sometida, riesgos que conllevaba,

³⁰⁰ STS, núm. 1140/1997, de 16 de diciembre, FD 2

alternativas, número de punciones, complicaciones que podían ocurrir durante la extracción o «a posteriori»³⁰¹. Y la doctrina ha recapitulado los elementos necesarios indicados por la ley y la jurisprudencia y, en relación al contenido ha señalando que, se ha de informar al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir de manera razonable en la decisión a adoptar por el mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma y el fin del tratamiento médico³⁰². Asimismo, añade que para conseguir transmitir la información considerada como adecuada, habrá que transmitir al paciente: el diagnóstico de su proceso, el pronóstico y las alternativas terapéuticas que existan, con sus riesgos y beneficios, así como la posibilidad, de llevar a efecto el tratamiento en otro centro sanitario más adecuado. Aportando la mencionada información detallada, el paciente alcanza el conocimiento de lo que consiente, esto es, el motivo, la urgencia, el alcance, la gravedad, los riesgos, las consecuencias, así como los posibles efectos secundarios de la actuación proyectada y las eventuales alternativas del tratamiento.

El TS indica que, del contenido considerado básico, la información sobre riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente debe ser “exhaustiva, es decir, que en la comprensión del destinatario, se integre con los conocimientos suficiente a su alcance para entenderla debidamente, y también ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen”³⁰³. Por ello, los riesgos relacionados con estas circunstancias constituyen a día de hoy, el punto más polémico en la transmisión de la información.

Además, el tribunal amplía y justifica las características de la información concretando que “a dichos requisitos ha de añadirse que la información, en todo caso, debe ser correcta, veraz, leal, pues, en definitiva, de este modo se conformará el consentimiento

³⁰¹ STS, núm. 239/2000, de 7 de marzo, FD 5

³⁰² GALÁN, Julio César., *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 175-178

³⁰³ STS, núm. 2001/6891, de 27 de abril, FD 2.

debidamente informado, el que operará en el ámbito de la libertad que es patrimonio indiscutible de cada persona, a través del principio de autonomía de la voluntad”.

En este sentido, Domínguez señala que la información sobre los riesgos y consecuencias de cada intervención es la que más problemática suscita en este ámbito, ya que doctrinalmente se utiliza la distinción entre riesgos típicos y riesgos atípicos. Los denominados riesgos típicos, son todos aquellos que se derivan con frecuencia del tratamiento o intervención que va a sufrir el paciente. Los riesgos atípicos, también llamados excepcionales, serían aquellos que es extraño que se presenten³⁰⁴. Así, debe entenderse que no cabe omitir información sobre consecuencias posibles, más o menos previsibles, con independencia de la verificación y cuantificación estadística.

La distinción entre riesgos típicos y riesgos atípicos y la problemática que los mismos suscitan, ha sido anotada igualmente por el TS, al afirmar que “la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia”³⁰⁵.

Siguiendo esta línea, la jurisprudencia afirma que la previsibilidad no puede medirse en estrictos términos estadísticos. En este sentido, en palabras del TS, “poco importa la frecuencia a efectos de la información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, si es tal complicación inherente a toda intervención en el cuello, ya que por su inherencia y ser perfectamente conocida, debió manifestárselo a la enferma”³⁰⁶.

³⁰⁴ DOMÍNGUEZ, Andrés., *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica: comentarios a la Ley 41/2002, de 24 noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2007, p.168

³⁰⁵ STS, núm. 1207/1998, de 28 de diciembre, FD 5

³⁰⁶ STS, núm. 3/2001, de 12 de enero, FD 3

En síntesis, la LAP precisa el contenido de la información que el profesional debe transmitir al paciente a través de distintas disposiciones: a) La finalidad y la naturaleza de cada intervención (art. 4.1), b) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad (arts. 4.1 y 10.1), c) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente así como los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y el estado de la ciencia o directamente los relacionados con el tipo de intervención (arts. 4.1 y 10.1), d) Las contraindicaciones (art. 10.1) y e) las opciones clínicas disponibles (art. 2.3).

Ahora bien, por su parte, tanto la jurisprudencia³⁰⁷ como la doctrina³⁰⁸ han indicado que además del contenido transcrito supra, el profesional de la salud debe transmitir una estimación del diagnóstico de su proceso y del pronóstico esperado acerca de la evolución previsible que presentará el paciente en función del diagnóstico.

En definitiva, el contenido ordinario de la información está jurídicamente tasado y debe proporcionarse de forma adecuada para que el paciente disponga de los elementos suficientes para decidir libremente sobre las diversas opciones posibles a un tratamiento, incluso optar porque no se informe de sus datos personales. No obstante lo anterior, lo que más problemática suscita en relación a la totalidad de información que debe ser transmitida al interesado, son precisamente, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del propio paciente.

³⁰⁷ STS, núm. 674/2009, de 13 de octubre, FD 4

³⁰⁸ GALÁN, Julio César., *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 175-178

2.4.2 Contenido asistencial y satisfactivo

Al tratar el contenido de la información, hay que tener en cuenta la diferenciación conceptual que ha sido llevada a cabo por la jurisprudencia entre medicina curativa y satisfactiva³⁰⁹, puesto que la información al paciente en uno y otro campo es distinto.

En líneas generales, la medicina curativa atiende a un proceso patológico, por ello, también es denominada como medicina asistencial. Hace referencia al tipo de asistencia proporcionada al paciente en atención a la situación clínica que presenta, por lo tanto, está vinculada al estado de salud de la persona. Así, la intervención del profesional sanitario en este campo es necesaria. Por el contrario, la medicina satisfactiva es voluntaria. De modo que, sin existir proceso patológico, el profesional interviene para alcanzar un resultado pactado previamente. En este sentido, la intervención está, por lo tanto, motivada en la búsqueda de un mejoramiento estético del paciente o usuario³¹⁰.

La diferencia sustancial entre ambas modalidades estriba en el hecho de que el profesional de la salud en la medicina asistencial o curativa, durante el desarrollo de su actividad, habida cuenta de que el objetivo de la prestación sanitaria es la recuperación, mejora o curación del estado de salud del paciente, al ser una finalidad que no puede ser garantizada, la obligación a la hora de efectuar la actuación consiste en el empleo de los medios a su alcance para realizar una buena praxis, con la diligencia debida y según el estado actual de la ciencia. Por lo tanto, la falta de éxito en una intervención o tratamiento no es sinónimo de una obligación de resarcimiento o reparación de daños, dado que la obligación del profesional sanitario es de medios.

Por su parte en el caso de la medicina satisfactiva, la jurisprudencia ha calificado la obligación de las intervenciones como de resultado por tratarse de una medicina

³⁰⁹ SSTS, núm. 2000/7799, de 3 de octubre, FD 9., núm. 2005/8547, de 21 de octubre, FD 3., núm. 2007/3541, de 17 de abril, FD 4

³¹⁰ La tradición jurisprudencial ha manifestado a lo largo de sus pronunciamientos la mencionada distinción. A modo ilustrativo apuntar, entre otras, la STS, núm. 2012/1784, de 16 de enero, FD 3

voluntaria y por lo tanto, no necesaria³¹¹. En este sentido, tradicionalmente y en base a la jurisprudencia, se ha diferenciado distinta naturaleza en la obligación del profesional según la clase de intervención.

En palabras del TS, “es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera, la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar de los riesgos y pormenores de la intervención”³¹².

No obstante lo anterior, en la línea de lo apuntado por la doctrina³¹³, hay que tener en cuenta que las actuaciones encuadradas dentro de la medicina satisfactiva son de diversa índole y en ocasiones, la diferencia puesta de manifiesto entre ambas modalidades puede no ser muy clara con base en las características del supuesto determinado.

Pues bien, como se ha indicado en el epígrafe anterior, el deber de información del profesional y el derecho del paciente a conocer los datos disponibles sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud comprende la transmisión de una información “adecuada”, no obstante, como ha señalado la jurisprudencia, el contenido de

³¹¹ En virtud de lo antedicho y, en palabras del TS, en la sentencia núm. 2000/7799, de 3 de octubre, FD 9, dice “es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo”.

³¹² STS, núm. 2000/7799, de 3 de octubre, FD 8

³¹³ ANDREU, Eduardo., Agustín AZPARREN y Emilio DONAT., “Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva”, *Revista Española de Medicina Legal*, núm. 4, 2013, p.163

información al que hace referencia el término, es diferenciable según el campo de la medicina en el que el profesional de la salud se encuentre: curativa o satisfactiva.

Así, en palabras del TS “el consentimiento informado, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva”³¹⁴. De manera más concreta, la evolución jurisprudencial ha puesto de manifiesto que el deber de información se agrava en la medicina satisfactiva³¹⁵. En este sentido, el TS ha afirmado la necesidad de “una intensificación de la obligación de informar al paciente”.

De acuerdo con ello, la jurisprudencia ha valorado que el contenido del deber de información por parte del profesional sanitario al paciente en la medicina satisfactiva debe ser exhaustivo. Al tratarse de intervenciones voluntarias y no necesarias, debe tratarse de una “información objetiva, veraz, completa y asequible, no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidad del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, (...) La información de riesgos previsibles es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención.”³¹⁶.

En este sentido, el alcance de la información que debe ser transmitido al paciente en lo que respecta a los riesgos previsibles en la medicina satisfactiva, queda delimitado a la

³¹⁴ STS, núm. 421/2007, de 17 de abril, FD 5

³¹⁵ SSTS, núm. 2000/7799, de 3 de octubre, FD 9., núm. 2005/118547, de 21 de octubre, FD 3., núm. 2007/3541, de 17 de abril, FD 4

³¹⁶ STS, núm. 2005/ 118547, de 21 de octubre, FD 3

exclusión de la obligatoriedad de transmisión de los mismos únicamente cuando sean desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención³¹⁷.

En cambio, la medicina curativa presenta como límite a la transmisión de la información, los denominados riesgos atípicos por imprevisibles e infrecuentes, frente a los riesgos típicos, que deben en todo caso ser transmitidos al paciente, estos son los que pueden producirse con más frecuencia conforme a la experiencia y el estado de la ciencia³¹⁸.

La clave a la hora de perfilar la diversidad de contenido considerado esencial que debe ser transmitida en uno y otro campo radica básicamente, como se ha apuntado, en la diversidad de grados distintos en la que debe ser precisada la información, debiendo contemplar, en este caso, la medicina de carácter satisfactiva una información más amplia y exhaustiva que en la medicina de carácter asistencial o curativo.

Ante todo, en materia de información, el contenido que debe ser transmitido al paciente presenta grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina voluntaria, por lo tanto, esa variación del contenido debe ser transmitida para que el consentimiento del paciente sea válido.

En la actualidad, los pronunciamientos más recientes han reiterado esta cuestión. Así, el TS³¹⁹ ha precisado expresamente que “Los efectos que origina la falta de información, están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa”.

³¹⁷ STS, núm. 2005/ 118547, de 21 de octubre, FD 3

³¹⁸ STS, núm. 2007/3541, de 17 de abril, FD 4

³¹⁹ STS, núm. 2012/1784, de 16 de Enero, FD 3

2.4.3 Alcance del derecho a la información

A la vista de lo indicado hasta el momento, queda asentado que el profesional sanitario tiene el deber de poner a disposición del paciente la información apuntada en ambos campos de la medicina para que, efectivamente, éste pueda ejercer su autonomía personal aceptando o rechazando un determinado tratamiento de forma informada.

Desde esta premisa, la ausencia o insuficiencia del contenido de la información es considerada, en todo caso, constitutiva de mala praxis por omitir un elemento esencial para la consecución de la autodeterminación personal del paciente.

De acuerdo con ello, a continuación, con el propósito de determinar el alcance del contenido de la información en el ámbito asistencial o curativo, se abordan dos dilemas relacionados con el derecho a la información y el consentimiento del paciente. El primero, hace referencia a la omisión de forma parcial y en su caso, total del contenido de la información que debe ser transmitido al paciente. En cambio, el segundo, hace referencia a la omisión de la información sanitaria de interés colectivo.

El supuesto controvertido queda manifestado en la imposibilidad o incorrección del ejercicio de la autonomía de la voluntad por falta de información y de este modo, por ausencia de aceptación o rechazo del paciente. Ahora bien, la mencionada falta de información puede ser omitida desde dos vertientes, por un lado, desde la perspectiva de la información individualizada de los propios datos sobre la salud y por otro lado, desde la perspectiva de la información concerniente a cuestiones de salud pública.

De acuerdo con ello se va a determinar los efectos jurídicos que produce la ausencia de la transmisión de los datos sanitarios al paciente y consecuentemente, la omisión del consentimiento, tanto desde la vertiente objetiva del derecho como desde la subjetiva. Es decir, se analiza el alcance del derecho de la información como derecho instrumental y como derecho individual del paciente.

En lo que aquí importa, se ha afirmado que el derecho fundamental a la información como derecho instrumental para el ejercicio de la libertad de elección y, por lo tanto,

para la emisión del consentimiento informado, ciertamente, puede considerarse vulnerado en caso de que el paciente reciba determinada asistencia sanitaria sin manifestar su voluntad de forma válida por omisión total o parcial de los datos sanitarios. No obstante lo anterior, cabe tener en cuenta que puede igualmente haber una intromisión en el derecho, desde la vertiente de la pérdida de oportunidad de someterse a un tratamiento o intervención necesaria por falta de información sobre el mismo.

En el primer supuesto planteado, se hace referencia a la garantía subjetiva del derecho. Considerando como válida la relación de causalidad entre la falta de información personal y el daño producido en el caso concreto. Esto es, la insuficiencia u omisión total de la información por el profesional acarrea la consecuencia negativa de emisión de consentimiento viciado por falta de la susodicha información.

Este primer supuesto se analiza en la sentencia del TS de 4 de abril de 2000, en la que se considera vulnerada la voluntad del paciente por imposibilidad de ejercicio de la representación legal de un menor, como consecuencia de un defecto en la transmisión de la información y asimismo, por ausencia de consentimiento informado.

En un sentido similar, resulta ilustrativa igualmente, la sentencia de 13 de mayo de 2011, en la que se pone de manifiesto la vulneración de la autonomía del paciente mayor de edad por omisión total de la información de una intervención quirúrgica.

Por su parte, en el segundo supuesto planteado, como se ha apuntado anteriormente, se hace referencia a la garantía objetiva del derecho a la información. Dando por válida la relación de causalidad existente entre la falta de información pública sobre la necesidad

de una segunda vacuna y el daño a la salud producido en un supuesto³²⁰. En este caso, resulta ilustrativa la sentencia del TS de 25 de junio de 2010.

2.4.3.1 La falta de información personal de la salud individual

La falta de información sobre los propios datos sanitarios del paciente se puede desglosar en dos situaciones. A través de una omisión total de la información y a través de un omisión parcial de la misma.

En una omisión total, el profesional, indistintamente de la justificación en la que se fundamente su postura, no transmite la información a la persona que le corresponde recibirla independientemente de que se trate de una persona capaz y consciente. Por lo tanto, se omite el consentimiento informado, de manera absoluta, por imposibilidad de aceptación voluntaria o rechazo por parte del paciente o los representantes legales.

En cambio, la insuficiencia³²¹ en la transmisión de la información por el profesional, acarrea la consecuencia negativa de emisión de consentimiento viciado por falta de información. A este respecto, en ausencia o defecto del consentimiento previo, se considera vulnerada la voluntad del paciente por imposibilidad de ejercicio de la autonomía personal. De manera que, toda actuación en el ámbito de la salud requiere autorización por la persona interesada. Así lo ha valorado, en este caso, el Tribunal Supremo en ambos supuestos descritos.

a) La omisión total de la información

Si bien es cierto que no son frecuentes los supuestos de omisión total de información al

³²⁰ ESCOBAR, G., “Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales” , en CASCAJO, José Luis (coord.), *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 586

³²¹ Considerando insuficiencia cuando no se ha aportado información básica o mínima establecida por la ley 41/2002, de manera que, sin ella, el consentimiento no se considera informado.

paciente, el TS ha calificado dicha ausencia de transmisión de datos personales como daño moral³²². En este sentido, de acuerdo con Arcos, la información clínica y asistencial presenta una configuración autónoma respecto al derecho del paciente a decidir sobre la aplicación de una técnica, intervención o tratamientos determinados³²³.

Ahora bien, a pesar de no ser frecuente la mencionada omisión de información, al abordar esta materia, parece apropiado analizar la sentencia del TS de 13 de mayo de 2011 por la interesante calificación que el tribunal hace de los hechos.

Los hechos de la sentencia se centran en la programación de una intervención quirúrgica de menisco izquierdo por la que la paciente es informada y presta su consentimiento en forma legal. Sin embargo, en quirófano se produce un cambio de cirugía al observar el profesional que el menisco se encuentra en perfectas condiciones, por lo que, una vez en quirófano se lleva a cabo otra práctica quirúrgica diferente a la programada. Todo ello, por lo tanto, sin comunicar a la paciente la información previa necesaria para poder consentir la operación, dado que la patología se detecta en el momento de la intervención y no en la fase previa de diagnóstico.

Así, el TS, en la sentencia de 13 de mayo de 2011, con base en la ausencia de información al paciente se ha pronunciado recordando, que el consentimiento informado es un mecanismo de garantía para el ejercicio de la autonomía de la voluntad³²⁴, por lo tanto, “se trata de una intervención que en ningún caso debió realizarse sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado y que le ha generado un daño por el que debe ser indemnizado”.

En palabras de la sentencia, “La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención puesto

³²² STS, núm. 2005/7503, de 20 de septiembre, FD 5

³²³ ARCOS, María Luisa., *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p.16

³²⁴ STC, núm. 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3

que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad”.

De este modo, se valora que la lesión producida al paciente por el daño moral, consiste en la privación de una información adecuada, esto, entiende el Tribunal, es lesivo sin vincularlo a los daños físicos, dado que la paciente no tuvo posibilidad de elección.

Lo que genera el derecho, como señala Macías es la anulación de la autonomía de la voluntad del paciente, que no tuvo conocimiento ni opción para decidir voluntariamente sobre la intervención, ya que el sentido del consentimiento informado es que el paciente tenga la opción de decidir libremente si asume o no las posibles consecuencias negativas de una intervención médica³²⁵.

En referencia al pronunciamiento del TS, según Marín, el derecho del paciente a emitir un consentimiento informado precisa que el deber de información al que está obligado el médico tenga la naturaleza jurídica de las obligaciones de resultado que se halla dentro de la obligación básica de medios a la que está obligado el facultativo³²⁶.

Es decir, en la medicina asistencial o curativa, la obligación del profesional sanitario, es de mejorar o sanar al paciente, utilizando los medios que tiene a su alcance³²⁷ pero dentro de la obligación de medios el profesional debe realizar una actividad diligente

³²⁵ MACÍAS, Aliana., “Consentimiento informado para intervención distinta a la realmente practicada. Daño moral” *Actualidad Civil*, núm. 15, 2011, p. 1763

³²⁶ MARÍN, Asunción., “La falta de información del médico como causa originadora de daño moral: comentario a la sentencia del TS de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3279)” *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011, pp.298-302

³²⁷ GALÁN, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 3º ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2011, p.73

cumpliendo unos deberes determinados, entre ellos, el deber de informar al paciente³²⁸.

En síntesis, aunque la intervención quirúrgica se lleve a cabo con corrección, el incumplimiento del deber de información genera, por sí misma, responsabilidad civil ya que la actuación en estos casos no es conforme a la *lex artis ad hoc*. De acuerdo con ello, el médico puede responder civilmente, como ha declarado la STC 37/2011, cuando se haya vulnerado el derecho del paciente a prestar su consentimiento informado, dado que implica, la vulneración del derecho fundamental a la integridad física.

b) La omisión parcial de la información

La insuficiencia del contenido de la información que debe ser transmitida al paciente supone una infracción de las reglas técnicas que rigen el desempeño de la actividad profesional sanitaria. Es decir, por un lado, produce un incumplimiento de la *lex artis* del profesional y por otro, una intromisión en los derechos del paciente.

Ciertamente, se entiende por omisión parcial, la ausencia del contenido esencial de la información en la transmisión de los datos sanitarios del profesional de la salud al paciente. En este sentido, como se ha apuntado anteriormente, el contenido esencial de la información a transmitir va a variar según se trate del campo de la medicina asistencial o satisfactiva, exigiendo la segunda un contenido más exhaustivo.

En cuanto a la transmisión de la información de un modo incompleto, el TS dice “es cierto que el deber de informar no tiene carácter de absoluto y omnicomprensivo pero obviamente se extiende a complicaciones previsible y frecuentes”³²⁹.

³²⁸ ARENAS, Aurelia., María CASTELLANO., María Teresa MIRANDA y Adoración RECHÉ., “Conocimiento y cumplimiento de los profesionales sanitarios del derecho del paciente a la información clínica” *Revista española de medicina legal*, núm. 1, 2012, p.11

³²⁹ STS, núm. 2002/5514, de 2 de julio, FD 3

A modo de excepción, dado que el criterio seguido por el TS en este caso no ha sido reiterado y se trata de un caso aislado, resulta interesante analizar la sentencia del TS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000/ 3258), que entiende la omisión de la información o defectuosa prestación del consentimiento informado como un daño moral grave ajeno al daño corporal derivado de la actuación médica.

La sentencia, en esencia, estima procedente la exigencia de responsabilidad a la Administración por la falta de información sobre los riesgos, en una determinada intervención, a los representantes legales de un paciente menor de edad. En este sentido, considera que la omisión de información produce una inexistencia del consentimiento.

En palabras del tribunal “La circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido”. Con ello, conviene destacar que en este último caso sí que se produce lesión corporal y, a pesar de ello, el tribunal estima apropiado calificar la falta de información como un daño moral autónomo.

De este modo, considera que al omitir la posibilidad de emisión de consentimiento por parte de quienes ejercen la patria potestad del menor, “se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención”.

En esta línea, el tribunal concreta que “esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud”.

Por todo ello, se considera que “Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”.

Al respecto González³³⁰ indica, en primer lugar, que la circunstancia de incumplimiento de una obligación profesional por parte del facultativo, no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, ya que el resultado de la operación no es imputable causalmente a dicha falta de consentimiento e información, es decir, que los daños derivados de la operación no están ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y por tanto, no se pueden considerar indemnizables.

Esto se afirma con base en datos obrantes y acreditados en los autos: la operación se realiza de forma adecuada y además, era prácticamente necesaria. En este sentido, la realización de la intervención se ajustó en su desarrollo a las reglas de *la lex artis ad hoc*, concurriendo un riesgo previsible.

En segundo lugar, la omisión del consentimiento informado tiene sus consecuencias jurídicas ya que se priva a los representantes del menor de la posibilidad, como se ha apuntado anteriormente, de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse a reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica. En este sentido, se imposibilita al paciente y sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención.

Ahora bien, el tribunal valora la omisión de la información como una vulneración del ejercicio de la autonomía personal que se traduce consecuentemente en una situación de

³³⁰ GONZÁLEZ, Luis., “La falta de información y consentimiento informado ¿genera indemnización?”, en ADROHER, Salomé (ed.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 664 y ss.

inconsciencia para los representantes legales del paciente. Esta situación supone, por sí misma, un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención. En este sentido, el daño moral es considerado como un indemnizable.

Lo relevante en este caso, es la consideración final de determinación de responsabilidad objetiva a la administración sanitaria, en cuanto que la persona, menor de edad, no tiene la obligación jurídica de soportar el daño que se le ha causado³³¹, con independencia de la corrección con la que se ha llevado a cabo praxis sanitaria del supuesto concreto.

En síntesis, la omisión parcial de la información en este caso es constitutivo de mala praxis independientemente de la existencia de lesión física al paciente en base a la imposibilidad de emisión del consentimiento. Lo cierto es que, en el supuesto descrito, el hecho de no haber informado debidamente de los riesgos supone por sí mismo un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención.

Recientemente el TS, en la sentencia de 20 de noviembre de 2012, ha declarado en la misma línea que “La falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que además constituye un elemento fundamental en la prestación sanitaria, de forma que el paciente puede ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses”.

Ahora bien, la citada sentencia explica que “ cosa distinta son los efectos que producen esa falta de consentimiento informado, con independencia de que la intervención médica se realice correctamente, como prestación autónoma que tiene como fundamento un daño y que esta sea consecuencia del acto médico no informado. Sin daño no hay responsabilidad alguna”. Y a continuación dice “la falta de información no es per se y en todo caso una automática infracción de la lex artis, puesto que esa

³³¹ MIR, Oriol., *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 51 y ss.

información debe ser con la extensión y alcance adecuada de forma que sea inteligible, clara y adaptada a la posibilidad del paciente para entender y conocer los extremos de la asistencia que se le va a prestar. Por lo tanto no puede ser ilimitada o infinita, a riesgo de impedir actuaciones médicas que beneficien al enfermo. Esta información previa es distinta al resultado, lo que parece lógico, puesto que este no puede ser el esperado objetivamente, puesto que estamos ante una obligación de medios y no de resultados”.

2.4.3.2 La falta de información pública de la salud colectiva

La sentencia del TS de 25 de junio de 2010 (RJ 5927/2007) versa sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública. Los elementos esenciales sobre los que la parte actora basa la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial quedan reducidos a dos.

El primero, trata de imputar a la Administración Autonómica una actuación de dejación de funciones en el campo epidemiológico al no realizar la adecuada campaña informativa sobre la falta de efectividad de una vacuna que se le suministró en 1997.

El segundo, subordina la no revacunación de la menor con la vacuna conjugada contra el meningococo C al contagio de la enfermedad, de suerte que de no haber sido así y haber estado revacunada, la posibilidad de que hubiera padecido una meningitis fulminante hubiera sido prácticamente inexistente.

Así, trata de establecer por dos vías distintas los pilares de su reclamación, por un lado la falta de información y por otro, la dejación de funciones de la administración. El objetivo es establecer un nexo de causalidad lo más sólido posible en conexión con la pérdida de oportunidad del paciente, de modo que, de haberse llevado a cabo por la Administración una actividad preventiva correcta en el momento oportuno, hubiera podido evitarse el contagio de Meningitis C a la menor de edad.

El criterio relevante de la decisión se centra, por lo tanto, en la falta de información “pública” sobre la necesidad de una segunda vacuna contra la meningitis C. Pero junto a ello, la sentencia plantea un tema de gran interés, como es el carácter objetivo o la

dimensión objetiva y no únicamente subjetiva, de los derechos fundamentales de la persona. En este caso concreto, del derecho a la protección de la salud.

La sentencia no aborda el derecho a la información de modo directo como derecho a “saber” sobre la propia enfermedad, es decir, como instrumento para un mejor ejercicio de la libertad de opción (arts. 4 y 5 LAP), sino de una forma complementaria a esta, como una garantía objetiva³³².

La información es considerada, en este caso, como garantía objetiva del derecho a la protección de la salud que presenta, como subraya Escobar³³³, dos manifestaciones en el ordenamiento jurídico español.

En primer lugar, el derecho a la información sobre los servicios sanitarios, como instrumento para un mejor acceso a los contenidos prestacionales del derecho a la salud. De forma que las normas predisponen el derecho de los ciudadanos a conocer los servicios sanitarios, su calidad, requisitos de acceso, así como la existencia de procedimientos y sistemas para garantizar el derecho a la información (art. 12.3 LAP).

En segundo lugar, la información recopilada por los organismos institucionales como medio necesario para la mejora de la normativa y la política sanitaria. Los instrumentos de información previstos en la LGS se potencian y desarrollan en la Ley de Cohesión y Calidad, especialmente en su capítulo V”.

De modo que, en el supuesto se concreta como válida la relación causal directa entre, la omisión de información por parte de la administración pública y el daño producido a una paciente. Así, queda determinado que la falta de información desemboca en una

³³² ESCOBAR, G., “Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales”, en CASCAJO, José Luis (coord.), *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 585-587

³³³ IBIDEM

pérdida de oportunidad para los representantes legales, de consentir una vacuna eficaz para la menor de edad contra la enfermedad.

Lo interesante de la sentencia, de acuerdo con Escobar es que, el tribunal, convierte una garantía objetiva de un derecho social, prevista con carácter general y en apariencia no justiciable, en una garantía subjetiva e individualizada³³⁴.

En coherencia con ello, en el supuesto confluyen los dos niveles de información contemplados en nuestra legislación, esto es, el nivel amplio y genérico de información sanitaria que con carácter general la Administración pública está obligada a suministrar al ciudadano y el nivel de información sanitaria que de modo individualizado debe ser prestada al paciente del servicio sanitario³³⁵.

La ausencia de determinada información sobre una campaña de vacunación, en efecto, produce la imposibilidad de acceso a la colectividad a la prestación sanitaria en materia de salud pública. Consecuencia de ello, el tribunal considera responsable, en el caso concreto, de las lesiones producidas a una menor a la administración por propiciar la pérdida de oportunidad a los representantes legales.

Al ser privados de la posibilidad de acceso a una vacuna considerada necesaria y eficaz, quien ejerce la patria potestad no pudo evitar las consecuencias lesivas sobre la salud de la hija, por lo tanto, se trata de una actuación imputable a la administración .

Efectivamente, como apunta Domínguez, es evidente que los padres del menor o, en su defecto, el tutor, han optado por la vacunación del niño, aquel pasa a tener la condición de paciente o usuario del servicio sanitario y en consecuencia, la información sanitaria

³³⁴ IBIDEM

³³⁵ DOMÍNGUEZ, Pilar., “Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: el derecho a la información sanitaria y pérdida de oportunidad de vacunación”. *Derecho y Salud*, núm. Extra 1, 2011, p.60

que se le ha de ofrecer, se convierte en un verdadero derecho a la información asistencial en virtud del art. 4 de la LAP³³⁶.

En este sentido, como afirma el autor, en el supuesto enjuiciado, concurren los dos niveles de información indicados. En efecto, la administración sanitaria realiza una campaña de vacunación contra la meningitis C en el año 2000 aplicando una vacuna más eficaz que la suministrada en 1997 la cual fue la administrada a la hija de los recurrentes y respecto de la cual, la administración aporta una información general, propia de la campaña de vacunación. En cambio, la referida campaña correspondiente al año 2000 presenta una circunstancia singular que se convierte en elemento clave, esto es, la información de que la vacuna de 1997, “no era efectiva, no tenía utilidad e incluso presentaba riesgos en menores de edad”. la administración sanitaria, lejos de informar, oculta la grave circunstancia impidiendo la revacunación eficaz.

En síntesis, el contenido de la información aportado en la primera campaña, en el año 1997, es adecuado a las circunstancias del supuesto. Ahora bien, en la segunda campaña de vacunación, en el año 2000, el contenido de la información debería incluso haber sido un contenido más exhaustivo una vez conocidas las circunstancias del caso.

Por ello, tras lo apuntado, se observa que en el ámbito sanitario el derecho a la información y consentimiento informado presentan una relación directa. Y esta relación se manifiesta en la vertiente objetiva y subjetiva que posee el derecho a la información.

La primera se refleja, por un lado, como instrumento para acceder al contenido prestacional de los servicios sanitarios y por otro, como medio necesario para la mejora de la normativa y la política sanitaria. La segunda da contenido al principio de autonomía al posibilitar la emisión del consentimiento por parte del paciente.

³³⁶ DOMÍNGUEZ, Pilar., “Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: Derecho a la información sanitaria y pérdida de oportunidad de vacunación”, cit., pp. 68-69

Todo lo cual permite concluir que la facultad de consentir una determinada actuación sanitaria con libertad implica necesariamente la transmisión previa de los datos sanitarios tanto carácter personal como en su caso, de carácter colectivo.

2.5 Límites del derecho a la información

La información no es un derecho absoluto, sino limitado. Así, los límites reconocidos en la norma sobre el derecho a la información del paciente son, por un lado el derecho del paciente a rechazar la información correspondiente a sus propios datos sanitarios, es decir, el derecho a no ser informado y por otro, la llamada necesidad terapéutica.

El origen del derecho a renunciar a la información de los datos sanitarios, está regulado en el art. 10.2 del Convenio de Oviedo, al reconocer expresamente que, “Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada”.

Ahora bien, en cuanto al derecho a no ser informado, la LAP proclama en el Art. 9.1 que “la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención”.

Este derecho negativo de información, de acuerdo con Sancho, presenta unos límites legales regulados en el propio precepto, estos son cuatro. En primer lugar, el interés de la salud del propio paciente. En segundo lugar, el interés de terceros, entendido éste, a modo ilustrativo, como si el paciente tiene una enfermedad contagiosa, debe ser conocedor de sus circunstancias para poder adecuar sus hábitos. En tercer lugar, en el

interés de la colectividad, como medida de protección de la salud pública. Por último, como consecuencia de las exigencias terapéuticas del caso³³⁷.

En la misma línea que la disposición transcrita, recuerda Domínguez de forma acertada, que el derecho del paciente a no ser informado, en ningún caso excluye la necesidad de obtener el consentimiento informado, puesto que éste, es siempre previo a cualquier actuación que se lleve a cabo en el ámbito de la salud³³⁸.

Por su parte, en la misma línea que el Convenio de Oviedo, la LAP hace referencia a otra situación en la que se manifiesta una limitación de la información, ésta es el caso de la llamada necesidad terapéutica. Así, según el art. 5.4 inciso primero “el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica”. El art. 5.4 inciso final añade; “se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho”.

La limitación del derecho de información en caso de necesidad terapéutica hunde sus raíces en el art. 10.3 del Convenio de Oviedo, el cual afirma tal posibilidad por parte de los legisladores nacionales “De modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente”. Por tanto la LAP reconoce el deber de informar del profesional sanitario de forma adecuada, comprensible y veraz, pero contempla de manera objetiva la posibilidad de omitir la misma. La valoración del médico responsable de los posibles

³³⁷ SANCHO, Ignacio., “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *Indret*, núm. 209, 2004, p.17

³³⁸ DOMÍNGUEZ, Andrés., *Derecho sanitario y responsabilidad médica: comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ªed., Lex Nova, Valladolid, 2007, p.230

daños que puede ocasionar la transmisión de la información lo determina el profesional sanitario según su propio criterio y conforme a la *lex artis ad hoc*.

El carácter excepcional del supuesto exige del cumplimiento de todos los requisitos legales. En primer lugar, que se trate de una situación “objetiva”, en atención a las circunstancias concretas de caso y conforme a la *lex artis*, y no de una suposición del facultativo responsable. En segundo lugar, que el médico deje constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica. Por último, en tercer lugar, que comunique su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho³³⁹. En este caso prima la salud del paciente respecto a la información.

Según Lizarraga, “lo que la Ley denomina estado de necesidad terapéutica, como facultad del médico, provoca un conflicto entre el derecho de autodeterminación del paciente y el principio de asistencia, por lo que deben primar factores humanos y psicológicos por parte del facultativo a la hora de abordar la cuestión, teniendo siempre presente que es el propio paciente el que decide acerca de aportar o no toda la información de su caso. Así, la información debe de ser tal, que no genere en el paciente un aumento desproporcionado de su angustia e inquietud, de tal forma que la psicología del médico jugará un papel preponderante en tal caso. El paciente debe disponer de un balance equilibrado de riesgos y beneficios de las terapias existentes, para poder tomar su decisión personal al respecto y ello sin que de modo alguno pueda conducir a una información disuasoria, lo que se denominaba consentimiento asustado”³⁴⁰.

Para Corbella, la limitación se fundamenta en interés del paciente ya que “al no estar explicitado en el texto legal, queda indeterminado. Cabe suponer que tal interés reside en el mantenimiento de la vida e integridad, así como el disfrute de un mínimo de

³³⁹ PLAZA, Juan., “La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del Paciente, Información y Documentación Clínica”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 560, 2003, p. 4

³⁴⁰ LIZARRAGA, Emilio., *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p.261

calidad de vida. Por ello, en cada caso, el médico deberá identificar dicho interés, indagando en la actitud del paciente, en sus perspectivas y proyectos”³⁴¹.

A este respecto, el TC avala la posibilidad excepcional de limitar la información. “El precepto permite la limitación del derecho únicamente en casos de carencia de capacidad del paciente para entender la información o por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica («cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave»), supuestos en los que es preciso comunicarlo a las personas vinculadas al paciente (art. 5.3 y 4)”³⁴².

3.PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En el contexto sanitario, el consentimiento informado del paciente está expresamente regulado en el capítulo IV de LAP, bajo la rúbrica “el respeto de la autonomía del paciente”. Las disposiciones que proclaman el consentimiento informado abarcan concretamente, del arts. 8 al art. 13 de la ley.

Así, la LAP define el consentimiento informado del paciente en el artículo 3 como, “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”. Asimismo, añade en el inciso primero del art. 2.2 que, “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes usuarios”.

Desde estas premisas, una vez analizados los elementos fundamentales del derecho a la información del paciente, se aborda a continuación, el marco jurídico del derecho a emitir el consentimiento informado por parte del paciente como derecho autónomo. De acuerdo con ello, se analizan las presupuestos básicos que la norma regula: titularidad del derecho, forma, contenido y limitaciones que contempla el mismo.

³⁴¹ CORBELLA, Josep., *Manual de derecho sanitario*, Atelier, Barcelona, 2006, p.115

³⁴² STC, núm. 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3

3.1 Titular del consentimiento informado

Efectivamente, si el titular del derecho a la información es el paciente, no cabe duda que la persona titular del consentimiento informado es igualmente el propio paciente. En idéntico sentido, afirma la doctrina que, dada la naturaleza personalísima del bien jurídico en juego³⁴³, del que únicamente éste es titular, resulta evidente que sea el mismo quien ostente el susodicho derecho a consentir de forma personal.

En palabras del TS, “el consentimiento informado es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar íntimo, ni siquiera por el cónyuge del interesado, al no ser la concurrencia de ciertas circunstancias (urgencia o incapacidad)”³⁴⁴.

Ahora bien, esta afirmación está sujeta a distintas matizaciones, en lo que aquí interesa, cabe apuntar, que la titularidad del derecho depende de la capacidad reconocida a la persona. Por ello, a modo ilustrativo, durante el período de la minoría de edad, si el niño en cuestión es un menor no maduro, el consentimiento es ejercido por un tercero en representación de la persona que no capacidad de obrar para ejercerlo por sí misma.

De acuerdo con ello, se puede afirmar que si bien la persona titular de emitir el consentimiento informado de forma válida es el paciente, según las circunstancias de caso, el ejercicio del derecho puede ser ampliado a los representantes del mismo.

3.2 Forma del consentimiento informado

El consentimiento puede emitirse de forma oral y escrita, sin embargo, al igual que el deber de información, la regla general indica la oralidad del consentimiento. No obstante, la norma contempla de forma expresa una serie de supuestos excepcionales en

³⁴³ GALÁN, Julio César., *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, 2ªed., Civitas, Madrid, 2004, p.73

³⁴⁴ STS, núm. 487/1995, de 24 de mayo, FD 8

los que, con base en las circunstancias específicas del caso, se requiere que el consentimiento se emita de forma escrita.

Según el art. 8.2, “El consentimiento será oral por regla general. Sin embargo se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

A ello hay que añadir, a tenor del art. 8.3, que “el consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos”.

De acuerdo con lo indicado, el consentimiento debe ser individualizado y la forma que adopta en el caso concreto está sujeto a dos parámetros. Por un lado, a las circunstancias personales de cada paciente y por otro, a la actuación concreta que se va a llevar a cabo durante el desarrollo de la praxis profesional, dado que según el caso, desde la perspectiva legal se exige la obligatoriedad de empleo de impresos o formularios con carácter escrito para la respectiva autorización o el rechazo del paciente.

Ahora bien, la literalidad del art. 8.3 viene a esclarecer, según la doctrina³⁴⁵, que el empleo de los formularios estandarizados de consentimiento sin más, puede suponer dejar de lado una verdadera información al paciente. Es por ello que el precepto especifica la posibilidad de combinar formularios generales con la documentación referida al caso y a las circunstancias concretas que se planteen.

³⁴⁵ DOMÍNGUEZ, Andrés., *Derecho sanitario y responsabilidad médica: comentarios de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2º ed., Lex Nova, Valladolid, 2007, p.302

En cualquier caso, en lo que respecta a los supuestos tipificados de forma expresa por la norma, en los que hay una exigencia legal de contemplar un consentimiento informado en forma escrita, cabe apuntar que, los mismos pueden ser redactados, bien de forma abierta o por el contrario, de forma cerrada. La elección del mismo depende de la voluntad del profesional de la salud, dado que la obligatoriedad entorno a esta cuestión, queda concretada en la mencionada exigencia de elaboración de consentimiento escrito.

Básicamente, un consentimiento cerrado hace referencia a un consentimiento genérico que está estandarizado, esto es, redactado al completo de forma previa. Este, además de poder contemplar un contenido de la información considerado como razonable, agiliza en gran medida la actividad de los profesionales de la salud.

En cambio, un impreso o formulario de consentimiento informado con carácter abierto, ofrece la ventaja de asegurar la transmisión de la información esencial de forma personalizada a las circunstancias específicas del caso, lo cual, supone el cumplimiento del deber del profesional y el respeto de los derechos del paciente.

No obstante, no se puede garantizar la eficacia práctica del empleo del mencionado sistema, dado que el tiempo empleado en la redacción de los formularios, para cada acto y paciente, en apariencia, imposibilita la adecuada y efectiva utilización del mismo. En este sentido, no se puede obviar que la información a transmitir debe ser la indicada por la norma como adecuada.

Entorno a esta cuestión, la jurisprudencia, si bien se ha pronunciado de forma un tanto ambigua, ha venido a afirmar que el empleo de formularios de consentimiento de tipo genérico y cerrado, que han sido redactados de forma previa y estandarizada, no es el medio que debe ser considerado como válido a la hora de obtener la respectiva autorización del paciente.

En palabras del TS, “En ningún caso, el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información(...) son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a

obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable(...)Es, en definitiva, una información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención”³⁴⁶.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones cabe recordar que, según el TS “La falta de información configura en este caso un daño (...), al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención (...) un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad”³⁴⁷.

Respecto a esta cuestión, cabe añadir lo dispuesto por el art. 10.2 sobre las condiciones de la información y el consentimiento por escrito. Según el precepto, “el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

Ahora bien, como se apuntado con anterioridad, el art. 8.2 establece como regla general la transmisión oral del consentimiento, sin embargo, los supuestos contemplados en el art 8.2 se traducen en excepciones a la oralidad, y por lo tanto, se requiere en las circunstancias tipificadas, un consentimiento escrito. De acuerdo con lo apuntado, el art 10.2 debe ser interpretado como una recomendación de que, ante un caso dudoso, el consentimiento se otorgue por el paciente de forma escrita.

Apuntado lo anterior, por último, interesa señalar otra exigencia regulada por la normativa entorno a la forma del consentimiento. Concretamente, el art. 15.2.i) establece que en los procesos de hospitalización del paciente, debe quedar constancia

³⁴⁶ STS, núm. 1132/2006, de 15 de noviembre, FD 2

³⁴⁷ STS, núm. 2011/3279, de 13 de mayo, FD 3

del consentimiento informado en la historia clínica como parte de ese contenido mínimo que tiene que debe recoger.

Evidentemente, el consentimiento del paciente debe prestarse antes del acto que se pretende llevar al efecto. Ahora bien, la autorización que emite el paciente es temporal, asimismo, según el art. 8.5, “El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento” dejando constancia en la historia clínica.

3.3 Contenido del consentimiento informado

A la hora de llevar a cabo un análisis sobre el contenido que debe abordar el consentimiento informado, cabe apuntar un tratamiento diferenciador entre los supuestos en los que la autorización del paciente se requiera de forma escrita y verbal.

Evidentemente, cuando la información y consentimiento se transmiten oralmente, el contenido que debe transmitirse, es el indicado en el epígrafe anterior, por lo tanto, está sujeto al campo de la medicina en la que se encuentre el acto sanitario a llevar a cabo, es decir a la medicina voluntaria o la medicina curativa, teniendo en cuenta, como ha indicado el TS, que el contenido es gradual³⁴⁸ y la primera, debe ser más exhaustiva³⁴⁹.

No obstante lo anterior, en los supuestos determinados en los que la especifica que la autorización debe ser emitida de forma escrita, cabe concretar qué información es necesaria que recoja de forma expresa el documento de consentimiento informado.

En lo que respecta al marco jurídico deontológico, el acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre el consentimiento informado³⁵⁰ recomienda qué contenido básico debe observar el documento. Este contenido debe contemplarse de forma breve y comprensible y debe contener lo siguiente:

³⁴⁸ STC, núm. 2005/118547, de 21 de octubre, FD 4., núm. 2007/3541, de 17 de abril, FD 5

³⁴⁹ STS, núm. 2012/1784, de 16 de enero, FD 5

³⁵⁰ Acuerdo adoptado en la sesión plenaria celebrada el 6 de noviembre de 1995

- a) Datos personales del paciente.
- b) Nombre y apellidos del médico que informa, que no tiene necesariamente que ser el mismo que realice el procedimiento en el que se consiente.
- c) Nombre del procedimiento que se vaya a realizar, con explicación breve y sencilla del objetivo del procedimiento, en qué consiste el mismo y la forma en que se lleva a cabo.
- d) Descripción de las consecuencias seguras de la intervención, que deban considerarse relevantes o de importancia, como por ejemplo, la pérdida de un miembro.
- e) Descripción de los riesgos típicos del procedimiento. Entendiendo por tales aquellos cuya realización deba esperarse en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia. Se incluyen también aquellos que, siendo infrecuentes pero excepcionales, tienen la consideración clínica de muy graves.
- f) Descripción de los riesgos personalizados. Deben entenderse por estos los que están relacionados con las circunstancias personales de los pacientes y hacen referencia al estado previo de la salud, a la edad, a la profesión, a las creencias, valores y actitudes de los pacientes, o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.
- g) A criterio del facultativo puede incluirse la información que haga referencia a las molestias probables del procedimiento y sus consecuencias.
- h) Declaración del paciente de haber recibido información acerca de los extremos indicados en los apartados anteriores, así como las alternativas diferentes al procedimiento, con pros y contras, de forma que el paciente participe, si así lo desea, en la elección de la más adecuada, y que dicha elección tenga en cuenta sus preferencias.
- i) Manifestación acreditativa de estar satisfecho con la información recibida y de haber obtenido información sobre las dudas planteadas y sobre la posibilidad de revocar en cualquier momento el consentimiento informado, sin expresión de causa, así como la expresión de su consentimiento para someterse al procedimiento.
- j) Fecha y firma del médico que informa y del paciente.
- k) Apartado para el consentimiento a través del representante legal en caso de incapacidad el paciente.

- l) Apartado para la revocación del consentimiento, que deberá figurar en el propio documento.

A tales efectos, el contenido de los impresos o formularios debe ser el indicado en el art. 10.1 de la LAP, puesto que proclama la información básica del mismo. “a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones.” Así, la información contemplada en la disposición transcrita hace referencia a un contenido que en ningún caso puede ser omitida. De acuerdo con lo apuntado, la firma del formulario supone, por lo tanto, la aceptación escrita de las cuestiones indicadas en el articulado y ello, consecuentemente, implica que la persona es concedora y consciente de la información suministrada. En consecuencia, asume los posibles resultados que puedan acaecer en caso de que se produzcan.

3.4 Límites del consentimiento informado

El consentimiento informado es un derecho del paciente o usuario del servicio sanitario y una exigencia ética y legal del facultativo³⁵¹. En coherencia con ello, a lo largo de estas líneas, se ha apuntado la necesidad de que toda actuación sanitaria sobre la salud del paciente debe estar precedida de la respectiva autorización previa, una vez que ha sido transmitida la información adecuada sobre la determinada actuación.

Ahora bien, el consentimiento informado, no es un derecho ilimitado y en este sentido, la regla general proclamada en el art. 8 de la LAP, contempla en el art. 9.2 de la misma norma, dos situaciones excepcionales a la necesidad de emisión del consentimiento por parte del paciente en atención a las circunstancias del caso.

³⁵¹ GALÁN, Julio César., “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”, *Revista Médica Uruguaya*, núm. 15, 1999, p.5

Estos supuestos excepcionales constituyen una limitación a la autonomía de la voluntad del paciente. Por ello, si la prestación del consentimiento por el paciente es una obligación legal que legitima una determinada actuación sanitaria sobre el cuerpo de la persona, la omisión del mismo debe estar justificada y determinada en la Ley.

La primera excepción hace referencia a los supuestos de riesgo para la salud pública. Este supuesto debe ponerse en relación con la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, que contiene medidas excepcionales de aplicación en caso de urgencia y necesidad dado que, en este caso, el bien protegible por la norma es el interés de la colectividad ante el interés del individuo.

La primera excepción puede venir acompañada además de una limitación al derecho a la información entendido como derecho individual del que es titular, por regla general, el propio paciente. Así, con base en el art. 6 de la LAP “los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública”. En cambio, la segunda excepción hace referencia a una situación de urgencia en la que acaece en la salud de la persona un riesgo inmediato y grave, y en la que las circunstancias del supuesto imposibilitan dar la información, así como conseguir la correspondiente autorización para proceder a la actuación sobre la salud.

Así, en virtud del art. 9.2 a), se reconoce que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicaran a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de las personas. Por su parte, el art. 9.2 b) proclama que “Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

Los límites del consentimiento informado del paciente quedan concretados por un lado, a la protección de la salud de la colectividad y por otro, a la protección de la salud personal del individuo en caso de concurrir dos exigencias. La primera es la necesidad de inmediatez en la actuación del facultativo y esta, va evidentemente precedida de la segunda, la gravedad del estado de salud de la persona de que se trate. En realidad, son situaciones que, bien se proteja al individuo en particular, o a los individuos, en general, tratan en definitiva de proteger la integridad personal como consecuencia de haber concurrido determinadas situaciones de riesgo inmediato y grave.

4. CONSIDERACIONES FINALES

- En la relación sanitaria el respeto de la autonomía de la voluntad del paciente es constitutivo de una buena praxis, alcanza su máxima expresión previa información y se consolida a través del consentimiento informado. Al ser desplazado el principio de beneficencia por el de autonomía se ha facilitado el ejercicio de elección de forma autónoma, libre y voluntaria entre las distintas posibilidades terapéuticas. desarrollándose una relación directa entre la capacidad de elegir del paciente y el acceso a la información detallada de los datos sanitarios. Así, la preponderancia del principio de autonomía ha favorecido la libertad de elección de carácter personal y ha desarrollado una relación directa entre el acceso a la información detallada de los datos sanitarios y la posibilidad de aceptación o rechazo, por parte del paciente, de un tratamiento o de una intervención.

- El derecho a la información y el consentimiento informado son dos derechos estrechamente relacionados en la práctica sanitaria, no obstante, presentan diferencias evidentes en el proceso asistencial y curativo. La interrelación se manifiesta en la vertiente objetiva y subjetiva que posee el derecho a la información. La primera se refleja, por un lado, como instrumento para acceder al contenido prestacional de los servicios sanitarios y por otro, como medio necesario para la mejora de la normativa y la política sanitaria. La segunda da contenido al principio de la autonomía de la voluntad. Al considerarse el derecho a la información un medio o instrumento para el ejercicio de otros

derechos, es viable la protección del derecho a la salud a través de su relación con el derecho a la información y, en el mismo sentido, el derecho a la información es necesario para el cumplimiento del ejercicio del consentimiento al posibilitar tras la transmisión de los datos sanitarios la libertad de decisión y elección.

- El deber de información del profesional sanitario y el derecho del paciente a conocer los datos disponibles sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud comprende la transmisión de una información adecuada. La información debe abarcar como mínimo la naturaleza, finalidad, riesgos, consecuencias y contraindicaciones de cada intervención. Respecto al contenido de la información lo que más problemática suscita son los posibles riesgos y consecuencias de la intervención sanitaria, por ello la información básica debe ser lo más exhaustiva, suficiente y comprensible para el paciente.
- La evolución jurisprudencial pone de manifiesto que el deber de información del profesional se agrava en el campo de la medicina satisfactiva. En coherencia con ello, el contenido de información que debe ser transmitido al paciente presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina voluntaria. En este sentido, los riesgos, consecuencias y contraindicaciones, son términos jurídicos indeterminados que únicamente pueden ser concretados caso por caso según las circunstancias presentes. No obstante, el alcance de la información que debe ser transmitido al paciente en lo que respecta a los riesgos previsibles en la medicina satisfactiva, queda delimitado a la exclusión de la obligatoriedad de transmisión de los mismos únicamente cuando sean desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención.
- En el contexto sanitario, tanto la comunicación entre el profesional sanitario y el paciente, como el contenido de la información que se transmite en la interacción, son componentes relevantes de la relación sanitaria y están configurados como un deber para el profesional y un derecho para el paciente. En este sentido, podemos incidir, que si bien el derecho a la información es un elemento

integrante de la *lex artis* del profesional sanitario y, por lo tanto, constitutivo de una buena praxis, el medio idóneo utilizado para la transmisión de la información de datos y conocimientos es la comunicación adecuada y comprensible del contenido de la información.

- El derecho a la información del paciente y la emisión del consentimiento informado, son elementos esenciales de la *lex artis* del profesional. De modo que, tanto la ausencia como la insuficiencia de uno o de ambos, es constitutivo de una incorrecta praxis sanitaria, y por lo tanto, generador de responsabilidad para el profesional al tratarse de un incumplimiento de una de sus obligaciones laborales. En este sentido, en la relación terapéutica, el respeto de la autonomía de la voluntad del paciente es constitutivo de una buena praxis, alcanza su máxima expresión previa información y se consolida a través de la prestación del consentimiento informado por parte del paciente o usuario del servicio sanitario.
- El consentimiento informado del paciente es una garantía del derecho fundamental a la integridad personal desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad del paciente en la toma de decisiones personales sobre el propio cuerpo.
- La jurisprudencia valora como elemento constitutivo de responsabilidad sanitaria la falta de información y la omisión del consentimiento informado, ya que la intervención del profesional sanitario, en determinadas circunstancias, puede derivar no sólo en un daño físico sobre la salud del paciente, sino también en un daño moral que en ocasiones es tanto o más digno de ser tenido en cuenta que la propia lesión corporal.
- En el ámbito sanitario, la privación de información equivale a una limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral. Por lo tanto, la falta de información, en determinadas circunstancias, puede ser considerado como una vulneración del derecho a la integridad física o moral.

- Los profesionales sanitarios pueden ser responsables por dos vías en el marco del derecho a la información y el consentimiento informado. En primer lugar, por la producción de un resultado lesivo sobre salud del paciente consecuencia de una intervención negligente que causa un daño moral y corporal. En segundo lugar, por la producción de un daño moral consecuencia de la vulneración del derecho a la autonomía de la voluntad del paciente derivado tanto de una intervención negligente como diligente en la praxis sanitaria sin necesidad de producción de daño físico.
- La falta de información pública sobre de la necesidad de un tratamiento o intervención el ámbito de la salud puede ser generadora de responsabilidad. En este sentido, la garantía objetiva del derecho a la información, dando por válida la relación de causalidad existente entre la falta de información pública sobre la necesidad de un tratamiento o intervención y el daño a la salud producido en el supuesto específico puede convertirse en una garantía subjetiva e individualizada.
- El consentimiento por parte del paciente, por regla general, debe ser emitido de forma oral, no obstante lo anterior, la norma contempla determinadas excepciones en las que debe emitirse necesariamente de forma escrita. Ahora bien, puede darse la posibilidad, según las circunstancias del caso, que el profesional de la salud muestre ciertas dudas en cuanto a la identificación de los supuestos excepcionales. De acuerdo con ello, en caso de duda, es recomendable que el consentimiento sea escrito.
- El contenido del consentimiento informado escrito está delimitado por la norma. En esencia, debe contener: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones. De acuerdo con ello, la firma por parte del paciente de un documento o

formulario de consentimiento informado, supone la aceptación escrita de las cuestiones indicadas en el articulado y ello, consecuentemente implica que la persona es conocedora y consciente de la información suministrada y por lo tanto, que asume los posibles resultados que puedan acaecer en caso de que se produzcan.

- El derecho a la información y el consentimiento informado constituyen un deber para el profesional de la salud y a su vez, un derecho del paciente. La observancia de ambos derechos implica el respeto por parte del facultativo de la autonomía de la voluntad personal. Ahora bien, estos derechos no son absolutos, sino limitados y dichas limitaciones están reconocidas expresamente en la normativa. Por lo tanto, los casos excepcionales en los que se produce dicha limitación, no implica una vulneración de los derechos del paciente, sino por el contrario, el respeto de los mismos.

CAPITULO IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA MINORÍA DE EDAD

El ordenamiento jurídico español divide la vida de la persona en dos etapas. Estas son, la minoría de edad y la mayoría de edad. Teniendo en cuenta la división, cabe anotar que en adelante se hace referencia exclusiva a la minoridad.

El tratamiento jurídico de la minoría de edad en relación con la emisión del consentimiento informado se encuentra condicionado por la evolución del niño durante el período de la infancia, por ello, es conveniente hacer una mención a esta cuestión. La alusión se lleva a cabo con el objetivo de poner de manifiesto los cambios presentes en el proceso de desarrollo cognitivo de cada persona porque el legislador español ha tenido en cuenta esta premisa a la hora de elaborar la norma en el marco sanitario.

Es preciso, pues, atender al proceso evolutivo de los niños, es decir, a la psicología evolutiva, ya que es la ciencia que estudia el desarrollo del ser humano y en esencia, analiza los cambios psíquicos que se manifiestan en las personas a través del tiempo³⁵². Sin embargo, aunque dicha rama de conocimiento contempla todos los estadios de la vida³⁵³, como se ha indicado, aquí interesa su aplicación en la infancia. En concreto, el enfoque relativo al desarrollo intelectual y a la adquisición de la capacidad personal.

A lo largo del período de la infancia esta disciplina contempla diferentes rangos de edades. La división de las etapas de desarrollo abarcan desde el nacimiento hasta la adolescencia y todas ellas, han sido analizadas desde diferentes perspectivas. En lo que aquí importa, el proceso de desarrollo del niño así como la adquisición de madurez, se aborda en atención a las necesidades específicas en cada una de las etapas, las cuales,

³⁵² MAUGHAN, Barbara., *Child development*, Farnham, Ashgate, 2010, pp. 56 y ss.

³⁵³ PIAGET, Jean., *Intelligence and affectivity: their relationship during child development*, Palo Alto, California, 1981, pp.16 y ss.

guardan una estrecha relación con la evolución progresiva de las capacidades personales del individuo según la edad. No obstante, las etapas son indicativas³⁵⁴.

Este enfoque se sustenta en la idea de que cuando las necesidades son cubiertas de forma adecuada, los niños experimentan un conjunto de progresos evolutivos que les conducen desde la dependencia inicial hasta la progresiva adquisición de autonomía personal a través de la participación activa en el ejercicio de sus derechos³⁵⁵. Hasta aquí, se puede afirmar, que las necesidades constituyen, pues, una buena razón o una razón suficiente para exigir su satisfacción³⁵⁶. De hecho, precisamente, hay quien afirma que las necesidades de los menores constituyen la justificación moral de los derechos reconocidos en la Convención, incluidos los derechos de los niños de corta edad³⁵⁷.

Pues bien, desde la perspectiva de la psicología evolutiva, Piaget ha analizado el desarrollo cognoscitivo del niño dividiendo el período de la infancia en cuatro etapas. En estas etapas, evidencia fases comunes en el desarrollo de la mayoría de las personas. Y por su parte, Doyal y Gough afirman que las necesidades básicas para el desarrollo del individuo son universales, incluidas las de la infancia. A estos efectos indican dos necesidades básicas que deben ser cubiertas: la salud física y la autonomía³⁵⁸.

A raíz de ambas consideraciones, Ochaita y Espinosa, identifican la manera en que se manifiestan las necesidades básicas del menor de edad en las cuatro etapas de desarrollo

³⁵⁴ HIDALGO, María Victoria., José SÁNCHEZ y Bárbara LORENCE., “Procesos y necesidades de desarrollo durante la infancia”, *Revista de educación*, núm. 2, 2008, p.86

³⁵⁵ HIDALGO, María Victoria., José SÁNCHEZ y Bárbara LORENCE., “Procesos y necesidades de desarrollo durante la infancia”, cit., p.85

³⁵⁶ DE LUCAS, Francisco Javier y María José AÑÓN., “Necesidades, razones y derechos”, *Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 7, 1990, pp.70-75

³⁵⁷ ALDERSON, Priscilla., *Young Children's Rights: Exploring beliefs, attitudes, principles and practice*, 2ªed., Jessica Kingsley Publishers, London, 2008, pp.15 y ss.

³⁵⁸ DOYAL, Len y Ian GOUGH., *A theory of human need*, Macmillan Education, Basingstoke, 1991, pp. 49 y ss.

de la infancia: neonatal, educación infantil, escolar y pubertad y adolescencia³⁵⁹. Para ello, abordan las necesidades específicas del niño en su proceso de desarrollo personal, llevando a cabo una justificación moral de la titularidad de los derechos reconocidos en la infancia. Ello, en relación con las implicaciones presentes en la materia por la psicología evolutiva, la pediatría y la educación.

Es de advertir que en el proceso de desarrollo personal, si bien es cierto que hay cambios psicológicos que han sido considerados como “normativos” o “cuasinormativos” porque se producen en la mayoría de los individuos de forma homogénea, no es menor cierto que existen variables presentes entre las personas. En efecto, cada individuo experimenta una manifestación propia que es diferenciadora a la del resto, y estas son consecuencia de las experiencias personales y culturales³⁶⁰.

En el sentido expuesto, los autores explican que el período neonatal, que abarca desde el nacimiento de la persona hasta aproximadamente los dos años de edad, es el período de mayor dependencia de la persona al adulto por la especial vulnerabilidad que presenta un bebé. Por ello, es necesario que tanto los padres como los educadores sepan satisfacer las necesidades de la salud física y la autonomía del recién nacido.

En este período, las necesidades de la salud física, evidentemente, deben ser cubiertas en su totalidad por terceros. En cambio, la autonomía del recién nacido se manifiesta con los comportamientos del niño, es decir, los bebés a través del lenguaje expresivo participan mediante sonidos y expresiones faciales³⁶¹.

³⁵⁹ OCHAÍTA, Esperanza y María Ángeles ESPINOSA., “Los derechos de la infancia desde la perspectiva de las necesidades”, *Educatio Siglo XXI*, núm. 2, 2012, p.38

³⁶⁰ HIDALGO, María Victoria., José SÁNCHEZ y Bárbara LORENCE., “Procesos y necesidades de desarrollo durante la infancia”, *Revista de educación*, núm. 2, 2008, p. 86

³⁶¹ ALDERSON, Priscilla., Joanna HAWTHORNE y Margaret KILLEN., “The participation rights of premature babies”, *International Journal Children’s Rights*, núm. 13, 2005, pp. 33-34

La segunda etapa hace referencia al período denominado educación infantil y abarca desde los dos años hasta los seis. Durante esta fase, los niños realizan importantes avances en sus capacidades de participación y en la comprensión de las normas sociales. De manera que, comienzan a desarrollar su autonomía en las cuestiones de la vida diaria. Básicamente, en esta etapa, la consecución del correcto desarrollo físico, psicológico y social se logra al satisfacer adecuadamente las necesidades básicas.

La etapa escolar abarca desde los seis a los doce o trece años. Este período, al igual que en el anterior, no es considerado de riesgo para la salud y la autonomía infantil. Los niños han adquirido una capacidad de pensar y una lógica bastante próxima a la adulta y ello se manifiesta en el hecho de que comienzan a tomar sus propias decisiones y controlar su conducta dentro de los diferentes contextos en los que participan.

Precisamente, en este período, empiezan a ser relevantes para los jóvenes los derechos de participación reconocidos en la CDN. Concretamente, el derecho a la información, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento y de conciencia³⁶².

Por su parte, la pubertad y la adolescencia constituye el período de la vida en el que, según los autores, se presentan las mayores dificultades a la hora de analizar esta materia, puesto que en la etapa indicada se producen una serie de cambios biológicos, psicológicos y sociales en los que resulta muy evidente una necesidad de participación.

Pues bien, de acuerdo con lo expuesto por Ochaita y Espinosa, la manera en la que se manifiestan las necesidades en las distintos períodos de desarrollo tiene variaciones. De manera que, si bien los primeros períodos están caracterizados por una evidente dependencia del niño al adulto, se observa que de forma gradual, el menor adquiere progresivamente autonomía con el paso del tiempo. Esto significa que desarrollan sus capacidades y adquieren un mayor criterio sobre las cuestiones que le afectan.

³⁶² ALDERSON, Priscilla., *Young children's rights: exploring beliefs, principles, and practice*, cit., p.33

Así pues, durante las tres primeras etapas de desarrollo, el menor está en un proceso de formación. Sin embargo, el último período de desarrollo del niño, constituye una etapa que puede presentar cierta incertidumbre sobre las capacidades ya que las mismas pueden ser comparables, según cada caso, a la capacidad de un mayor de edad desde la perspectiva de la competencia adquirida a la hora de comprender, razonar y decidir.

Esta consideración ha sido puesta de manifiesto en el marco de la relación clínico asistencial, dado que en el contexto sanitario, el menor de edad tiene reconocida capacidad legal para decidir por sí mismo sobre las cuestiones que incumben a su salud desde los dieciséis años de edad, salvo en los casos excepcionales. De esta forma, la vertiente de la psicología evolutiva ha sido considerada en el desarrollo de la norma positiva. Efectivamente, en el período de la pubertad y la adolescencia, se presenta la posibilidad de que la persona haya adquirido un desarrollo psicológico igualitario a la del adulto. Esto significa que en muchos casos, el menor deja de ser dependiente porque su capacidad natural le permite adoptar decisiones por sí mismo de forma competente.

Por ello, en adelante, a la hora de analizar el consentimiento informado en relación con la minoría de edad, se lleva a cabo una atención especial a la etapa de la pubertad y la adolescencia ya que constituye, sin lugar a duda, el punto controvertido en esta materia como consecuencia de la difícil evaluación de la madurez de cada individuo. Siendo así, la cuestión clave deriva de la edad indicada. Por ello, el objetivo de este capítulo es crear un marco teórico del consentimiento informado cuando el sujeto que necesita un determinado acto sobre la salud es concretamente una persona menor de edad.

En coherencia con lo indicado, se aborda la prestación del consentimiento informado en las cuestiones que conciernen al estado de salud del menor desde dos vertientes. Por un lado, cuando el mismo se presta en representación del niño. Por otro lado, cuando el consentimiento lo presta el menor de forma autónoma. Así pues, el capítulo trata de dar respuesta a la siguiente cuestión ¿A quién le corresponde la toma de decisión?

Para ello, en primer lugar, se analiza la legislación específica que regula esta materia. Se trata de delimitar los supuestos en los que la normativa reconoce al menor el derecho a

emitir un consentimiento informado por sí mismo y en el mismo sentido, se trata de establecer los supuestos en los que es necesario que intervengan los representantes legales del niño a la hora de ejercer el derecho a favor del niño. Seguidamente, se abordan las limitaciones del ejercicio de los derechos del menor. De este modo, que determinado el marco jurídico del consentimiento informado en la infancia.

Una vez asentada las mencionadas premisas previas se analiza, en segundo lugar, las condiciones, así como las circunstancias en las que se considera que el consentimiento informado emitido por un menor de edad de forma autónoma es válido. Asimismo, se determina, en tercer lugar, la persona a quien corresponde evaluar, caso por caso, que un concreto menor de edad tiene autonomía para decidir sobre su salud.

Finalmente, una vez analiza la posibilidad de emisión del consentimiento informado del menor de edad por sí mismo, se aborda, en cuarto lugar, los supuestos en los que el niño no tiene capacidad para decidir de forma autónoma y por consiguiente, intervienen los representantes legales a su favor. Sentado lo cual, se concretan las pautas que, con carácter general, orientan las decisiones de los representantes legales y seguidamente, se presenta una propuesta de consentimiento informado escrito en representación.

Ahora bien, antes de abordar este capítulo es conveniente una mención a la reciente aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia* y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia* puesto que, la norma apuntada ha introducido modificaciones sustanciales en la legislación sanitaria. Concretamente, en lo que respecta a la prestación del consentimiento informado por representación. Pues bien, a este respecto cabe anotar que las novedades introducidas en la nueva regulación han sido tenidas en cuenta en la elaboración del marco jurídico del consentimiento informado, de manera que, para una mejor comprensión del estado actual del ejercicio del consentimiento informado, se ha considerado oportuno abordar al mismo tiempo, la situación anterior a la reforma y la situación actual.

1. MARCO JURÍDICO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL PERÍODO DE LA MINORÍA DE EDAD

Al analizar el marco jurídico del consentimiento informado en la minoría de edad resulta conveniente traer a colación la definición del consentimiento informado del paciente. El art. 3 LAP lo define como “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”. Asimismo, en consonancia con la disposición, la legislación sanitaria establece en el inciso primero del art. 2.2 de la LAP que, “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes usuarios”.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe recordar, como se ha afirmado hasta el momento, que para legitimar una actuación en el ámbito de la salud de forma personal es necesario que el paciente ostente capacidad para decidir por sí mismo. Entorno a esta cuestión, la legislación civil establece que la capacidad de obrar se adquiere de forma automática a los dieciocho años cumplidos, esto es, con la mayoría de edad³⁶³. No obstante, durante la minoría de edad el niño no es un sujeto incapaz³⁶⁴, sino que muy al contrario, la capacidad de obrar en la infancia se considera limitada³⁶⁵. Esto es así, porque el ordenamiento jurídico reconoce autonomía al menor de edad de forma progresiva y ésta, viene determinada gradualmente según la edad y la madurez en conexión con la importancia del acto concreto que se va a llevar a cabo.

Esta idea deriva de la interpretación de diversos preceptos, entre ellos, los arts. 154 y 162.1 del CC³⁶⁶. Ahora bien, en la relación clínica, en lo que respecta a las decisiones sobre la salud del niño, ambas disposiciones deben interpretarse en consonancia con lo dispuesto en los arts. 9.3 c. y 9.5 de la LAP, que se abordan en adelante. El citado art.

³⁶³ Véanse los arts. 315 y 322 del Código Civil.

³⁶⁴ FREEMAN, Michael., *The rights and wrongs of children*, Frances Pinter, London, 1983, p.45

³⁶⁵ Entre otros, JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor” *Revista de derecho privado*, 1984, pp. 891 y ss., RAMOS, Enrique., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 200 y ss.

³⁶⁶ Véase el capítulo segundo de esta tesis.

154 del CC, entre otras facultades, atribuye a quien ejerce la patria potestad el deber de velar por el menor y de actuar en su beneficio de acuerdo con su personalidad. Por su parte, el art. 162.1 del CC, exceptúa del ejercicio de representación legal, los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, puedan realizar por sí mismos.

Por consiguiente, en los derechos de la personalidad no rigen las reglas generales de la capacidad de obrar dado que el fundamento de los mismos son la libertad y la dignidad del individuo³⁶⁷. Por ello, en lo que respecta a los derechos de la personalidad, la legislación civil reconoce a la persona menor de edad, la posibilidad de actuar cuando ostente madurez suficiente, es decir, aptitud volitiva e intelectual.

A tales efectos, en el ejercicio de los derechos de la personalidad influye el criterio de la madurez del titular y ésta, debe ser entendida como la capacidad de la persona de entender y querer el alcance de un determinado acto. De ahí, que en el supuesto específico deban valorarse las condiciones de madurez personal³⁶⁸. Es por eso que, como la emisión del consentimiento informado implica el ejercicio de estos derechos, si un menor de edad tiene suficiente capacidad natural para decidir, se le debe permitir que actúe de forma autónoma porque ello contribuye al libre desarrollo de su personalidad. Mientras que, si un menor de edad no posee capacidad natural suficiente para consentir, actúan los representantes legales a favor de su interés superior³⁶⁹.

En consonancia con ello, la actual redacción del art. 9.3 c) de la LAP, tras la reforma de ley, dice expresamente, “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: ...c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni

³⁶⁷ SANTOS, María José., “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p. 64

³⁶⁸ GARCÍA, María 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, Navarra, 2004, p. 78

³⁶⁹ DE LAMA, Alejandra., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 310

emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”. Y por su parte, la nueva redacción del art. 9.4 de la LAP añade lo siguiente; “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 la 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”.

A su vez, estas disposiciones deben ponerse en relación con dos preceptos reconocidos recientemente en la misma norma. Éstos, han sido introducidos igualmente en la LAP tras la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia* y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*.

En primer lugar, el art. 9.6 de la LAP, “En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

Y en segundo lugar, el art. 9.7 de la LAP proclama literalmente, “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en 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. Si el paciente es una persona con

discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.”.

Pues bien, tras la lectura de las disposiciones transcritas se desprende lo siguiente, por un lado, que la emisión del consentimiento informado por representación, a falta de capacidad natural, debe prestarse siempre en beneficio para la vida y la salud del paciente menor. Por otro, que la norma reconoce capacidad legal para emitir el consentimiento informado al menor emancipado y al mayor de dieciséis, salvo en dos supuestos; El primero, hace referencia al hecho de que la persona, a pesar de tener dieciséis años de edad o estar emancipada, no sea considerada madura para consentir un acto específico en el supuesto concreto. El segundo hace referencia al hecho de que la actuación sea considerada de grave riesgo para la vida y la salud del niño. Ambos supuestos excepcionales, deben ser determinados según el criterio profesional del facultativo y en atención al acto. A su vez, la nueva redacción del art. 9.3 y 9.4 de la LAP reconoce la posibilidad legal de que el menor de edad emita el consentimiento informado de forma autónoma, es decir, sin representación. Esto es así, con base en la capacidad natural de la persona en el supuesto específico y sin límite de edad.

Así, anotado lo anterior y antes de abordar las cuestiones planteadas, es de advertir que, si bien es cierto que un sector de la doctrina considera la capacidad natural como un criterio determinante del ejercicio autónomo del niño en lo relativo a los derechos de la personalidad salvo que la ley lo prohíba expresamente. No es menos cierto que la doctrina ha formulado interpretaciones distintas a la indicada en estas líneas³⁷⁰.

³⁷⁰ SANTOS, María José., “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 63 y ss., GARCÍA, María 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, Navarra, 2004, pp. 78 y ss.

Desde este prisma, en lo que sigue, es importante observar tres situaciones. La primera, referida a la persona menor de edad que es mayor de dieciséis e igualmente al menor emancipado, ya que ambos tienen reconocida capacidad legal para tomar decisiones salvo que la persona no sea madura, o por su parte, se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o la salud del menor, según el criterio del facultativo. La segunda, referida al menor maduro, con una edad inferior a los dieciséis años cumplidos, cuya situación jurídica ha estado discutida por la doctrina durante mucho tiempo en el ámbito sanitario. La tercera, referida al consentimiento informado ejercido por los representantes legales del menor en beneficio del mejor interés del niño.

Hay que tener en cuenta, además, que los escenarios anotados dependen de dos variables. Por un lado, el tipo de acto sanitario que se vaya a llevar a cabo, en atención a la gravedad y al riesgo del mismo. Y por otro, de la concreta capacidad natural del niño. Sentado lo cual, a continuación se analiza la norma a través de la delimitación de edades para establecer un marco teórico del consentimiento informado cuando el paciente es una persona menor de edad. El análisis que se presenta de la norma sanitaria hace referencia a la situación anterior a la reforma y a la situación actual tras la reforma.

1.1 Delimitación de edades

En el marco de la relación clínica, la norma específica en la materia determina cuándo el menor actúa por sí mismo y cuándo el consentimiento informado se emite en representación. Así pues, antes de la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia* y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*, la LAP reconocía cuatro supuestos de hecho sobre la prestación del consentimiento informado en la infancia a través de una delimitación de edades. Sin embargo, después de la aprobación de la nueva ley, se reconocen cuatro supuestos.

En lo que respecta a lo regulado anteriormente, cabe anotar en primer lugar, que la norma reconocía, con carácter general, que a partir de los dieciséis años edad, el menor tenía capacidad legal para tomar decisiones por sí mismo en este área. Igualmente, el menor emancipado tenía reconocido el mismo derecho. De acuerdo con ello, en ambos

casos se presentaba una imposibilidad de prestación del consentimiento por representación. Sin embargo, en el caso de que la actuación sanitaria fuese considerada de grave riesgo para la salud del menor, el facultativo tenía el deber de informar a los padres y su opinión era tenida en cuenta en la toma de decisión.

En segundo lugar y en un sentido similar, la norma proclamaba que en el caso de que el menor tuviese entre doce y dieciséis años de edad con capacidad emocional e intelectual, esto es, con suficiente madurez para decidir, le correspondía a éste prestar el consentimiento de forma autónoma, sin intervención de terceros. No obstante, si bien es cierto que de lo puesto de manifiesto en el articulado se desprendía que el menor podía prestar el consentimiento a las intervenciones sanitarias cuando presentase óptimas condiciones de madurez, no es menos cierto que la valoración de la capacidad del niño requería ser evaluada por el facultativo caso por caso. Lo indicado se desprendía del tenor literal del art. 9.3.c inciso primero, que afirmaba, “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso el consentimiento lo dará el representante legal del menor”. Básicamente, esta disposición reconocía a través del criterio de madurez que el menor de edad podía prestar su consentimiento informado si era capaz de comprender el alcance de la intervención desde la perspectiva intelectual y emocional.

En tercer lugar, en el caso de que el menor tuviese entre doce y dieciséis años de edad, sin capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance del acto sanitario concreto, la norma específica reconocía que la toma de decisión le correspondía a los representantes legales del niño. Ahora bien, en este supuesto y en consonancia con el art. 9.1 la LOPJM, la decisión debía ser adoptada tras escuchar la opinión del menor antes de proceder a la actuación correspondiente y en defensa de su mejor interés.

En cuarto lugar, la norma proclamaba con carácter general que, en el caso de que el menor tuviese una edad inferior a los doce años, el consentimiento informado debía emitirse en el ejercicio de la representación legal y siempre a favor del niño.

Pues bien, a este respecto, es importante tener en cuenta que a la hora de determinar la

actuación, la norma combinaba dos criterios. Por un lado, la edad. Por otro, la madurez. De ahí la conveniencia de la mención separada de cada uno de supuestos tomando como referencia los distintos rangos de edades que han sido indicados. Ahora bien, desde la reciente aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia* y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*, la situación es distinta y aunque la norma combina igualmente el criterio de la edad y la madurez, los supuestos de hecho reconocidos actualmente son los siguientes;

En primer lugar, la norma reconoce que a partir de los dieciséis años edad, el menor tiene capacidad legal para tomar decisiones por sí mismo en este área. Igualmente, el menor emancipado tiene reconocida la misma capacidad legal. Ambos supuestos se interpretan de este modo salvo que se demuestre que el niño no es maduro. Ahora bien, a lo indicado hay que añadir que cuando según el criterio del facultativo se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento lo presta el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo. Por lo tanto, en este supuesto, la capacidad legal reconocida al niño es relativa.

En segundo lugar, la norma reconoce con carácter general que el consentimiento lo dará el representante legal del niño cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, después de haber escuchado su opinión y conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En tercer y último lugar, cabe anotar que del tenor literal de nueva redacción de la disposición se desprende que, cuando la persona tenga una edad inferior a los dieciséis años se debe evaluar la madurez. En este punto, si se confirma que el menor de edad tiene madurez suficiente para decidir por sí mismo el acto concreto tiene reconocido, pues, el derecho a prestar el consentimiento informado forma autónoma. En caso contrario, si se confirma que el menor de edad no es maduro, el consentimiento informado lo ejercen los representantes legales a favor de la vida y la salud de éste.

1.2 Limitaciones al ejercicio de los derechos del menor de edad

Los límites al ejercicio de los derechos del menor también han sido modificados con la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia* y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*. De hecho, antes de la aprobación de la norma, los arts. 9.3, 9.4 y 11.1 de la LAP proclamaban cinco situaciones en las que el menor de edad, a pesar de tener madurez, tenía limitado el ejercicio de sus derechos. Es decir, la persona, hasta el cumplimiento de la mayoría de edad no podía ejercer determinados derechos que la norma reconocía al mayor de edad. En cambio, en la actualidad, las limitaciones al ejercicio de los derechos del niño son cuatro y éstas, están proclamadas en los arts. 9.4, 9.5 y 11.1 de la LAP.

Antes de la reforma, la primera excepción estaba reconocida en el inciso final del art 9.3 c) de la LAP; “los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de decisión en caso de grave riesgo para la vida o salud del menor”. Entorno a esta cuestión, la norma reconocía, pues, que la gravedad de la actuación era determinante a la hora de establecer la titularidad del derecho a la información sanitaria. Por lo tanto, si el profesional de la salud evaluaba que el menor era maduro y además, la actuación no era considerada de grave riesgo, éste era el titular único de la información. No obstante, cuando la actuación fuese considerada de grave riesgo, la titularidad de la información era compartida entre el menor y los representantes legales, a pesar de que el menor de edad tuviese madurez reconocida para actuar. En lo que aquí importa, la disposición transcrita, en la línea de lo indicado por la mayoría doctrinal, era considerada en estas líneas como contradictoria con el resto de las preceptos, puesto que la transmisión de la información a los representantes no estaba justificada, ni en los casos típicos, ni en los de gravedad. Por ello, suponía una intromisión en los derechos del menor.

Entorno a esta cuestión, tal y como afirmaba Romeo, en virtud de la disposición, “no sólo se rompe el principio de confidencialidad sino que se incluye a los representantes legales del menor en el proceso de deliberación y toma de decisión. Esto implica una limitación a todas luces inaceptable del principio general de validez del consentimiento prestado por el menor de edad maduro cuando se trata de someterse a una intervención

médica beneficiosa para su salud, aunque se trate de una intervención de grave riesgo”³⁷¹. En efecto, como anota el citado autor, el titular del derecho a la información es el paciente, por tanto, el paciente menor con suficiente capacidad natural reconocida debe ser en todo caso, el único titular. Asimismo, según el autor, la disposición vulneraba además el principio de confidencialidad en la relación terapéutica.

Más contundente se mostraba Santos al afirmar que “si el menor tiene suficiente capacidad, su decisión debería respetarse aunque pusiera en peligro su salud, del mismo modo que ha de respetarse la de un mayor de edad, al cual no se le puede imponer un tratamiento médico contra su voluntad”. La autora anotaba que en el trasfondo de lo transcrito en el inciso final de la disposición, subyacía la idea de que “si el paciente menor de edad, adopta una decisión perjudicial para su salud, lo hace porque no tiene suficiente capacidad. Pero ha de tenerse en cuenta que la adopción de una decisión imprudente o irracional no puede identificarse con la falta de capacidad. En tal caso nunca podría admitirse el rechazo al tratamiento médico”³⁷². Y en la misma línea, según Asensio, “la solución adoptada por el legislador es incorrecta, tanto desde el punto de vista técnico-jurídico como desde los postulados y principios básicos propios de la Ley 41/2002”³⁷³. De hecho, el citado autor explicaba que “En realidad se trata de una concesión al paternalismo médico en la que está latente el miedo a dejar en manos del propio menor e inclusive de sus representantes legales, de ordinario legos en medicina, una decisión irreversible para la vida, la integridad corporal o la salud, y que en último término supone una limitación injustificada a la autonomía del menor en el ámbito de la salud reduciéndola en la práctica a aquellas cuestiones banales o de poca relevancia”³⁷⁴.

A la vista de lo expuesto hasta ahora cabe recordar que el precepto en ningún caso

³⁷¹ ROMEO, Sergio., “Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes”, *La Ley*, núm. 1, 2003, p.1538

³⁷² SANTOS, María José., “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 85-86

³⁷³ ASENSIO, Miguel Ángel., *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, Dykinson, Madrid, 2012, p.110

³⁷⁴ ASENSIO, Miguel Ángel., *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, cit., p.111

autorizaba la actuación de los padres, sino que concedía el derecho a la información de los datos personales del niño aunque fuese maduro y en su caso, se tuviese en cuenta su opinión. Por ello, como ha apuntado la doctrina, la disposición 9.3 c) inciso final, debía ser interpretada, en el sentido de que, existía una presunción general de madurez para tomar decisiones sobre la salud a partir de los dieciséis años de edad.

Pues bien, tras la aprobación de la nueva ley se ha reformado la LAP y en lo que respecta a esta cuestión, el precepto analizado ha sido modificado. En su lugar, el art. 9.4 de la norma dice “Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación”. Ahora bien, el inciso final del precepto añade que, no obstante lo dispuesto “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”.

En la actualidad, se concluye que no sólo se transmite a los representantes legales la información sobre el acto para que éstos puedan opinar sino que además, la toma de decisión pasa a ser un derecho de los mismos cuando la actuación sea considerada por el facultativo de grave riesgo para la salud y la vida del niño. Por lo tanto, la intromisión indicada en el ejercicio del derecho queda solventada y en este sentido, el derecho reconocido al menor es en este caso un derecho de los representantes legales.

Por su parte, el art. 9.4 de la LAP, reconocía tres excepciones más al ejercicio del menor; “la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”. En atención al tenor literal del precepto, el art. 9.4 de la LAP establecía que en los casos mencionados debía regir lo dispuesto en las disposiciones civilistas entorno a la mayoría de edad y en ningún caso, tras la valoración de la capacidad natural.

En la actualidad se ha modificado este precepto y en lo que respecta a la interrupción voluntaria del embarazo es de advertir que ésta excepción, pierde su vigencia desde la

publicación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, puesto que la norma indicada regula la situación de la minoría de edad en lo relativo al consentimiento informado.

Asimismo, en lo que respecta a los ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, cabe anotar que ambas cuestiones siguen reguladas del mismo modo. Sin embargo, en la actualidad, la LAP no remite a la norma general, sino que en el art. 9.5 reconoce expresamente “La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

La última limitación no ha sido modificada con la aprobación de la nueva norma. Así pues, el inciso primero del art. 11.1 de LAP reconoce que “por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud”. De acuerdo con lo anotado, la disposición proclama la posibilidad de elaboración del documento de instrucciones previas a la mayoría de edad civil, es decir, al criterio objetivo de la edad. Esto implica, en definitiva, un límite al ejercicio del derecho por el menor de edad a la hora de manifestar su voluntad de forma anticipada.

Sentado lo cual, una vez abordado las limitaciones del ejercicio de los derechos del menor de edad en la relación clínica, en adelante, se aborda la prestación del consentimiento informado a un tratamiento sobre la salud del menor de edad desde la perspectiva de dos situaciones diferenciadas. Por un lado, cuando el niño tiene suficiente capacidad natural para actuar por sí mismo en este ámbito. Por otro lado, cuando el menor no tiene madurez suficiente para actuar de forma autónoma y ante esta situación, se establecen, pues, las pautas de actuación de los representantes legales.

2.EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD CON MADUREZ RECONOCIDA

Teniendo en cuenta las reformas introducidas en LAP tras la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la*

infancia y adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, cabe anotar que, con anterioridad a la reforma, la situación del menor en este área era la siguiente;

En el período de la minoría de edad, la legislación civil, en consonancia con la legislación sanitaria, reconocía que el menor de dieciséis años, con carácter general, necesitaba ejercer el consentimiento informado a través de los representantes legales. Sin embargo, con base en la madurez, existía la posibilidad de que pudiese decidir por sí mismo. Por consiguiente, se presentaban dos supuestos en los que la persona podía actuar de forma autónoma porque era considerada capaz y competente para legitimar las actuaciones sanitarias que se llevasen a cabo sobre su propio cuerpo.

En primer lugar, el menor emancipado y el mayor de dieciséis años de edad, tenía reconocida capacidad legal para tomar decisiones sanitarias por sí mismo. En consecuencia, en ambos supuestos, se excluía la posibilidad de emisión de consentimiento informado a través del ejercicio de la representación legal. En la actualidad, con la reforma introducida, la situación es la misma. Ahora bien, entorno a esta cuestión cabe apuntar que se han introducido dos excepciones. De un lado, cuando el facultativo determine que el menor no es maduro, decidirán los representantes legales. De otro, cuando el facultativo considere que el acto de es de grave riesgo para la vida y la salud del menor, decidirán igualmente los representantes legales del niño.

En segundo lugar, antes de la reforma de la ley, se reconocía que entre los doce y los dieciséis años, existía la posibilidad de que el menor fuese maduro y aunque no era la regla general, en esos casos, se reconocía que la persona madura, menor de dieciséis y mayor de doce, podía tomar decisiones sanitarias por sí misma. Esto implicaba que en las circunstancias descritas, la emisión del consentimiento informado le correspondía al niño sin intervención de los representantes legales. Y esto era así, con base en la madurez y el acto. Tras la reforma, se ha eliminado el margen de edad de indicado y si bien, el legislador entendía que la madurez debía ser evaluada entre los doce y los dieciséis años, hoy, se entiende que la evaluación de la madurez debe llevarse a cabo en toda persona, es decir, a todo paciente que tenga una edad inferior a los dieciséis.

A la vista de lo indicado, el punto controvertido surge en la evaluación de la capacidad natural del niño puesto que en ambos casos, se desprende la posibilidad de actuación del menor en el ejercicio de los derechos de la personalidad y por ende, en la toma de decisiones personales sobre la salud, siempre que el niño posea suficiente madurez. Siendo así, la cuestión clave deriva, pues, de la madurez y más concretamente, en la dificultad de evaluar qué persona posee capacidad natural en el supuesto específico y quién es el responsable de determinar la misma para posibilitar la toma de decisión.

Por ello, lo anotado conlleva plantearse las siguientes cuestiones; ¿Qué condiciones son necesarias cumplir para considerar a un niño maduro?, ¿Cómo se evalúa la madurez de la persona?, ¿Es la madurez el único factor determinante que posibilita la decisión autónoma del niño? y en este último caso, ¿constituye la madurez, por sí sola, una legitimación suficiente para que un menor de edad decida de forma autónoma?. Y, ¿Quién es el responsable de determinar la madurez del niño? Pues bien, para dar respuesta a estas preguntas, en los epígrafes que siguen, se abordan dos cuestiones. De un lado, qué es y cómo se evalúa la madurez del menor de edad. Y de otro, a quién le corresponde determinar que un menor de edad tiene madurez suficiente.

2.1 La madurez para actuar autónomamente en el ámbito de la salud

En ámbito de la salud, la determinación de la capacidad para decidir se ha establecido sobre la base de dos criterios claramente diferenciados: uno objetivo y otro subjetivo³⁷⁵. A tales efectos, ambos criterios aparecen combinados en el proceso de la toma de decisión³⁷⁶. Concretamente, el primero, viene establecido en atención a la edad de la persona, es decir, se trata de un criterio cronológico. En cambio, el segundo, atiende a la madurez del individuo en relación con el acto y éste, con independencia de la edad.

³⁷⁵ DE MONTALVO, Federico., “El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p. 295

³⁷⁶ SÁNCHEZ, Carmen., “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en CABANILLAS, A., (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 958

Actualmente, en lo que respecta a la edad, tal y como se ha anotado en el epígrafe anterior, se toma como referencia un margen de edades que hay que tener en cuenta: la del menor emancipado, la del mayor de dieciséis y la del niño menor de dieciséis.

Así, con base en este criterio, el ordenamiento jurídico reconoce, con carácter general, capacidad legal para decidir de forma autónoma al menor emancipado y al mayor de dieciséis, salvo en las excepciones anotadas. Por el contrario, reconoce que la toma de decisión se lleva a cabo a favor del interés superior del menor a través de representación legal cuando el niño menor de edad no sea maduro y al mismo tiempo, reconoce que el menor maduro tiene derecho a decidir aunque tenga una edad inferior a los dieciséis años. De manera que, en lo que respecta a la capacidad natural, hay que insistir en que si el paciente tiene una edad inferior a los dieciséis, se requiere que la madurez moral sea analizada caso por caso, puesto que de la interpretación de la norma sanitaria se desprende que en este margen, el menor puede prestar su consentimiento cuando tenga suficiente capacidad natural, sin intervención de representación legal.

Esto es así porque el niño presenta distintos grados de discernimiento en relación con la edad. De hecho, el desarrollo moral es continuo y progresivo y a su vez, diferente en cada persona. Y precisamente, entorno a los dieciséis años es cuando se presentan las variaciones más significativas en el desarrollo volitivo y cognoscitivo³⁷⁷. Por ello, con base en esta idea, el ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de decisión autónoma en la edad indicada y de ahí, surge la teoría del menor maduro³⁷⁸.

Teniendo en cuenta las ideas que preceden, la madurez juega un papel fundamental en la toma de decisión. Por ello, como punto de partida, surge la siguiente pregunta, ¿Qué es la madurez? Y en esta línea, ¿Cuándo se considera que un niño es maduro?.

³⁷⁷ KOHLBERG, Lawrence., *Psicología del desarrollo moral.*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1992, pp. 25 y ss.

³⁷⁸ HAZARD, Sprague., Robert ALLEN., Victor EISNER., Dale GARELL., Samuel HAMMAR., Thomas SHAFFER., Jerome SHEN., Natalia TANNER y John ALLEN., “A model Act providing for consent of minors for health services”, *American Academy of Pediatrics*, núm. 2, 1973, pp. 293 y ss.

El ordenamiento jurídico español no lo define, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia, cuando hacen referencia al término, consideran capacidad natural y madurez como sinónimas³⁷⁹. Pues bien, según Santos, debe ser entendida como el entendimiento y juicio necesario para comprender el alcance y las consecuencias del acto de que se trate de manera que la persona pueda adoptar una decisión responsable³⁸⁰. Y, según Simón, para considerar a la persona madura, es necesario que el paciente tenga capacidad para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos, para a continuación expresar y defender una decisión que sea coherente con su propia escala de valores³⁸¹. Por su parte, Sánchez añade que una persona posee madurez cuando tiene aptitud psíquica para el válido ejercicio de un derecho. Así, para el ejercicio eficaz de los derechos de la personalidad basta con que el titular de los mismos presente suficiente capacidad natural³⁸². Por ello, la prestación autónoma del consentimiento informado depende, pues, de la madurez del niño.

Del significado que los autores ofrecen sobre madurez y capacidad natural, se desprenden los siguientes rasgos: que el menor de edad para ejercer el derecho a consentir debe tener aptitud psíquica, es decir, comprender el alcance y las consecuencias del acto sanitario y al mismo tiempo, que la decisión adoptada sea respetuosa con el ejercicio futuro de otros derechos. De acuerdo con este enfoque, capacidad natural y madurez hacen referencia a las condiciones psíquicas idóneas, es decir, al discernimiento. Y en consecuencia, ambas pueden ser definidas como las

³⁷⁹ MARTÍNEZ, Carmen., “Aspectos éticos en la adolescencia: del menor maduro al adulto autónomo”, *Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia*, núm. 2, 2013, p. 24

³⁸⁰ SANTOS, María José., “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p. 64

³⁸¹ LORDA, Pablo Simón y Luis CONCHEIRO., “El consentimiento informado: Teoría y Práctica (I)”, *Medicina Clínica*, núm. 17, 1993, p. 661

³⁸² SÁNCHEZ, Carmen., “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad” en CABANILLAS, A., (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 956

aptitudes psíquicas adecuadas del paciente determinado para emitir un consentimiento informado libre, consciente y voluntario del acto sanitario concreto de que se trate.

Como se ha podido comprobar, la teoría del menor maduro se ha desarrollado en el ámbito jurídico en referencia a la persona que, sin haber cumplido la mayoría de edad, tiene la madurez suficiente para rechazar o consentir de forma autónoma un acto. La validez de la toma de decisión del menor maduro es equiparable, pues, a la que emite un adulto porque en este caso, el menor de edad presenta las cualidades idóneas y adecuadas que le permiten consentir por sí mismo el acto sanitario concreto³⁸³.

Sentado lo cual, la madurez no se evalúa por el contenido de los valores que una persona asume en el momento de tomar una decisión sobre un acto sanitario específico sino por las capacidades formales de valorar y juzgar una situación que se plantean en un momento dado³⁸⁴. Es por ello que considerar inmadura una decisión distinta a la que la generalidad adopta, es un error que debe intentar superarse³⁸⁵. Por ello, a la hora de abordar la emisión del consentimiento informado del menor hay que tener en cuenta la combinación de criterios mencionada: de un lado, el criterio objetivo y de otro, el subjetivo. Ahora bien, como el criterio subjetivo requiere la evaluación de la capacidad mental de la persona es conveniente esgrimir el modo en que se evalúa la madurez.

La evaluación de la capacidad de la persona es una cuestión muy compleja³⁸⁶ y en torno a ello se han ido desarrollando diversas propuestas. Concretamente, desde el punto de vista clínico, los instrumentos empleados son el resultado de la búsqueda de unos criterios de evaluación de la capacidad en la década de los ochenta en Estados Unidos

³⁸³ SÁNCHEZ, Jacob., “El menor maduro”, *Revista Boliviana de Pediatría*, núm. 193, 2005, p. 156

³⁸⁴ GARCÍA, María 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, Navarra, 2004, p.183

³⁸⁵ SANTOS, María José., “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p. 183

³⁸⁶ SIMÓN, P., “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 2, 2008, p. 327

desde la perspectiva de distintas áreas de conocimiento. Entre ellos, es obligado mencionar desde el área de la filosofía, el estudio desarrollado por Roth, Meisel y Lidz³⁸⁷. Y desde el área de la psiquiatría, el desarrollado por Appelbaum y Roth³⁸⁸.

Los comienzos de la evaluación de capacidad se deben en parte a los esfuerzos realizados en la materia por Roth, Meisel y Lidz. Estos tres autores, tras revisar la jurisprudencia norteamericana pronunciada hasta 1977, extraen los criterios que estaban siendo empleados por los tribunales para evaluar la competencia de los pacientes en la toma de decisión. De ahí concluyen que a efectos prácticos, la persona debe ser considerada competente cuando posea las siguientes cualidades: ser capaz de expresar una elección, ser capaz para tomar una decisión razonable en cuanto al resultado que produce la elección, tomar una decisión basada en motivos racionales, tener capacidad para comprender las alternativas, riesgos y consecuencias del tratamiento, y tener una comprensión real y completa del proceso decisorio.

Más tarde, en 1982, Appelbaum y Roth descartan uno de los criterios planteados por Roth, Meisel y Lidz porque consideran que lo conveniente para evaluar la capacidad en el área de la investigación es el empleo de cuatro criterios. Estos son: que el sujeto sea capaz de evidenciar su elección, de comprender los hechos, de interpretar de forma racional la información y, de valorar la naturaleza de la situación. Los cuatro criterios mencionados se corresponden así con las capacidades funcionales.

Los criterios propuestos por Appelbaum y Roth son, desde entonces, punto de referencia en los procedimientos de evaluación de la capacidad, aunque la doctrina ha planteado objeciones. A título de ejemplo, autores como Freeman han anotado que el criterio que sugiere la evaluación de la comprensión de los hechos es ambiguo y en este

³⁸⁷ Véase, ROTH, Loren., Alan MEISEL y Charles LIDZ., “Test of competency to consent treatment”, *American Journal Psychiatry*, núm. 134, 1977, pp. 279 y ss.

³⁸⁸ Véase, APPELBAUM, Paul y Alan BATEMAN., “Competency to consent to voluntary Psychiatric hospitalization: A theoretical approach”, *The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, núm. 7, 1979, pp. 390 y ss.

sentido, es necesario concretar la cantidad de información que la persona debe entender para ser considerado competente³⁸⁹. Sin embargo, para Appelbaum y Roth este criterio es importante en la evaluación de la capacidad y su exigencia debe aumentar proporcionalmente con respecto a la complejidad del acto³⁹⁰.

Pues bien, como resultado de lo anterior surge un cuestión fundamental. A partir de la década de los noventa, las propuestas de los autores comienzan a materializarse en instrumentos de evaluación de la capacidad, los cuales, ayudan a determinar si una persona ostenta las cualidades necesarias para tomar una decisión autónoma sobre un determinado acto sanitario. La fiabilidad y validez de las evaluaciones hace que a día de hoy, se recomiende a los profesionales de la salud y a los comités de ética, el uso de estas herramientas para determinar la capacidad del paciente, más que etiquetar a la persona de madura o inmadura por intuición³⁹¹. A modo ilustrativo, se puede mencionar, entre otros, dos tipos de herramientas de evaluación: el denominado Mini Mental State Examination y Capacity to Consent to Treatment Instrument³⁹².

Ahora bien, de todos los procedimientos de evaluación que se han elaborado, el más usado en el ámbito internacional es la entrevista diseñada por Appelbaum y Grisso. La entrevista ha sido denominada como MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment (en adelante, MacCat-T) y consiste en un cuestionario estructurado que ayuda a evaluar cuatro habilidades en la toma de decisión: apreciación, razonamiento,

³⁸⁹ FREEDMAN, Benjamin., “Competence, marginal and otherwise: concepts and ethics”, *International Journal of Law and Psychiatry*, núm. 4, 1981, p. 63

³⁹⁰ APPELBAUM, Paul y LOREN ROTH., “Clinical issues in the assessment of competency”, *American Journal Psychiatry*, 1981, pp.1462 y ss.

³⁹¹ MORENO, Fernando., “Capacidad del menor para decidir”, *Sociedad de Pediatría de Andalucía Oriental*, núm. 4, 2013, p.158

³⁹² Véase, STURMAN, Edward., “The capacity to consent to treatment and research: A review of standardized assessment tools”, *Clinical Psychology Review*, núm. 25, 2005, pp.954-974, en el que se presenta una revisión sobre las herramientas de evaluación de la capacidad de la persona en el ámbito sanitario.

comprensión y expresión. Básicamente, a través de esta herramienta se determina la presencia o ausencia de madurez para consentir un determinado acto sobre la salud.

Siguiendo la entrevista MacCat-T, el profesional de la salud debe transmitir la información al paciente y con base en esa información, el paciente debe responder a una batería de cuestiones que sirven para evaluar el nivel de comprensión de la información. A partir de ahí, se le interroga sobre la apreciación de la información que ha sido recibida y se promueve una reflexión razonada sobre la decisión que finalmente adoptará³⁹³. La entrevista MacCat-T es un instrumento fiable que ha sido validado, adaptado y traducido al castellano³⁹⁴ y aunque es aplicable a la evaluación de la madurez moral del niño, se trata sin embargo de un cuestionario enfocado a evaluar la competencia del mayor de edad. Es decir, en situaciones en las que el profesional de la salud quiere evaluar la capacidad de decisión del paciente adulto.

En lo que respecta al menor de edad, se han diseñado igualmente otras herramientas de medición del desarrollo moral para la toma de decisión como el denominado Defining Issues Test (en adelante, DIT) que ha sido validado, adaptado y traducido al castellano como Cuestionario de Problemas Morales³⁹⁵. Pero concretamente en España, el instrumento fiable, factible y válido aplicable a las decisiones sanitarias es el denominado escala de competencia de Lleida³⁹⁶. Éste, al igual que el DIT, está

³⁹³ GRISSE, Thomas y Paul APPELBAUM., *Herramienta de evaluación de la capacidad para tratamiento (MacCAT-T)*, trad. de VENTURA, Tirso., Mercedes NAVÍO., Ignacio ÁLVAREZ y Beatriz BAÓN., Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2014, pp. 10 y ss.

³⁹⁴ ÁLVAREZ, Ignacio., Beatriz BAÓN., Mercedes NAVÍO., Raúl LÓPEZ., Elena LOBO y Tirso VENTURA., “Validación española de la entrevista MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment para evaluar la capacidad de los pacientes”, *Medicina Clínica*, 2013, pp. 1 y ss.

³⁹⁵ APPELBAUM, Paul y Loren ROTH., “El razonamiento moral y su medición a través del Defining Issue Test de Rest”. *Revista de Psicología de la Educación*, 1989, p. 10 y ss.

³⁹⁶ ESPEJO, Mariola., Eva MIQUEL., Montse ESQUERDA y Josep PIFARRÉ., “Valoración de la competencia del menor en relación con la toma de decisiones sanitarias: escala de competencia de Lleida”, *Medicina Clínica*, 2011, pp. 26 y ss.

inspirado en los estudios desarrollados por Kohlberg y asimismo, ha sido validado con pacientes menores con un rango de edad entre los doce y los dieciséis .

No obstante, es de advertir que uno de los problemas que presenta el uso de las entrevistas diseñadas hasta el momento es que a pesar de ser útiles, no determinan la capacidad de la persona con absoluta precisión, es decir, presentan ciertas limitaciones³⁹⁷. Por ello, no deben ser empleados como único medio de evaluación de la capacidad y junto a este criterio subjetivo, es necesario valorar otros factores de igual relevancia. Aún así, los test son buenos predictores de la capacidad moral de la persona, incluida la del menor de edad. Además, la importancia de estos instrumentos es doble porque de un lado, ayudan a los profesionales a determinar quién tiene madurez para consentir de forma autónoma y quién a través de representantes legales y de otro, sirven de orientación a los Comités de Ética en caso de consulta del facultativo. En cualquier caso, es importante tener en cuenta que a la hora de llevar a cabo la evaluación de la capacidad moral del menor se deben evitar dos tipos de errores³⁹⁸. El primero, que el menor de edad que tiene madurez para decidir una determinada actuación por sí mismo, quede eximido de la toma de decisión a causa de una incorrecta evaluación. Con ello, se trata de proteger los derechos de quien puede decidir por sí mismo porque tiene la edad y la madurez para emitir un consentimiento válido. El segundo, que la persona menor de edad que no tiene madurez para decidir se le reconozca por error la posibilidad de tomar una decisión autónoma. En este punto, se trata de proteger a la persona sin capacidad moral de los posibles efectos nocivos de la misma. En otras palabras, el profesional de la salud, a la hora de evaluar la capacidad a través de los test de madurez, debe ser diligente para evitar dos errores: los falsos positivos y los falsos negativos.

Pues bien, hasta aquí se ha indicado que no sólo la edad sino también la madurez es un criterio que determina si el menor puede prestar el consentimiento informado de forma

³⁹⁷ JONSEN, Albert., *Ética Clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*, Ariel, Barcelona, 2005, p. 105

³⁹⁸ DRANE, James., "Competency to give an informed consent. A model for making clinical assessments", *Journal of the American Medical Association*, vol. 252, 1984, pp. 925-926

autónoma o mediante representación. La idea es que el menor de dieciséis años, con carácter general, necesita ejercer el consentimiento informado a través de los representantes legales. Sin embargo, con base en la capacidad natural, existe la posibilidad de que pueda decidir por sí mismo de forma autónoma, por ello, hay que evaluar su madurez para esclarecer la facultad de actuación en el supuesto específico. Y al mismo tiempo, en la actualidad, también se evalúa la madurez del mayor de dieciséis cuando el facultativo considera que el acto es de grave riesgo para la salud y la vida.

Siguiendo esta dirección, en lo que respecta a la toma de decisión, surge la pregunta de si sólo deben tenerse en cuenta la edad y los componentes cognitivos o intelectuales a la hora de determinar la posibilidad de actuación autónoma en este ámbito. Es decir, ¿La edad y la madurez son los únicos criterios relevantes para proceder a la evaluación?

Teniendo en cuenta que nos ubicamos en el ámbito sanitario, además de estos criterios hay un factor importante que influye concretamente en la evaluación de la madurez del niño en el supuesto concreto, y es que la madurez exigida a la persona va a variar según el acto sanitario específico que se vaya a realizar³⁹⁹. Por consiguiente, a lo anterior habría que agregar que, en la toma de decisión clínica, no sólo es importante el aspecto cronológico y la madurez sino que además, hay que observar la gravedad del tratamiento o la intervención⁴⁰⁰. En este sentido, es necesario atender al acto concreto en relación con la madurez, a la hora de determinar la posibilidad de actuación de la persona que tenga una edad superior a los dieciséis años e igualmente inferior a ésta.

En coherencia con ello, se puede afirmar que si bien es cierto que no hay ninguna fórmula para medir de forma objetiva la madurez, no es menos cierto que para tratar de determinarla en caso del paciente menor de edad, es necesario conjugar la edad, con la

³⁹⁹ ESQUERDA, Montse., Josep PIFARRÉ y Eva MIQUEL., “La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven.”, *Anales de pediatría continuada*, núm. 4, 2013, p. 208

⁴⁰⁰ ESQUERDA, Montse., Josep PIFARRÉ y Eva MIQUEL., “La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven.”, cit., p. 209

facultad de entender y de querer niño. Y esto, a su vez, debe ponerse en relación y consonancia con el acto sanitario específico que se trate en el supuesto concreto.

En España, esta idea se ve confirmada en la sentencia 154/2002, de 18 de julio de 2002, en la que el TC, en un supuesto en el que un menor de edad rechaza un tratamiento vital, afirma que “el ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad”⁴⁰¹. Sin embargo, “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, como notas esenciales, la de ser definitivo y en consecuencia, irreparable”⁴⁰². Por ello, cuando se evalúa la madurez es conveniente tener en cuenta las circunstancias y las consecuencias que reviste el acto clínico. El criterio fijado por el TC es el de atender a la irreversibilidad del acto y de ello se desprende, pues, que la capacidad exigida al menor de edad va aumentar a medida que el riesgo de la decisión sobre el determinado acto es más elevado⁴⁰³. Básicamente, con respecto a la actuación, la gravedad e irreversibilidad de ésta implica la exigencia de un mayor grado de madurez. Entendiendo por madurez, como se ha indicado, capacidad de entendimiento y juicio necesario para comprender el alcance y consecuencias.

Para llegar a esta conclusión hay que atender a la denominada escala móvil de capacidad diseñada por Drane⁴⁰⁴, quien propone un nuevo enfoque aplicable a la toma de decisiones clínicas. Según el autor, la capacidad exigida a la persona a la hora de consentir o rechazar un tratamiento depende de la peligrosidad del tratamiento.

La escala móvil está diseñada en función de tres estándares de evaluación. El primer nivel, se aplica a los tratamientos considerados inofensivos, en los cuales, la capacidad

⁴⁰¹ STC, núm. 154/2002, de 18 de julio, FJ 3

⁴⁰² STC núm. 154/2002, de 18 de julio, FJ 5

⁴⁰³ DE MONTALVO, Federico., “El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p.295

⁴⁰⁴ DRANE, James., “Competency to give an informed consent. A model for making clinical assessments”, *Journal of the American Medical Association*, 1984, pp. 925-926

requerida para decidir es baja. El segundo nivel, se aplica según la situación en la que se encuentre el paciente, por ejemplo, cuando el diagnóstico es dudoso, o bien cuando el diagnóstico es cierto pero el tratamiento es más peligroso. En este caso se requiere que el paciente tenga una capacidad más elevada que en el anterior nivel. Por último, el tercero, se aplica a los tratamientos que tienen un grado de peligrosidad alto por tratarse de una situación crítica, en los que exigencia de la capacidad es superior. Así, el desarrollo de esta propuesta refleja cómo el paso de un estándar a otro varía según la gravedad de la situación médica que se presente, de modo que, cuanto más compleja es la situación, el nivel de exigencia de capacidad aumenta.

De lo indicado hasta el momento se desprende que valoración de la madurez es un criterio relevante. Y en este sentido, en la toma de decisiones, la prestación del consentimiento informado del menor pone de manifiesto una inclinación hacia un criterio combinado de edad y madurez que debe ser valorado en cada supuesto y siempre, en consonancia con el acto sanitario en particular⁴⁰⁵. Así, cuando el paciente es un niño, resulta fundamental evaluar su madurez puesto que si es positiva, prestará el consentimiento. Pero este criterio no constituye, por sí solo, una legitimación suficiente para que un menor decida de forma autónoma. En cualquier caso, resulta de igual importancia atender al acto sanitario específico y a la edad de la persona puesto que en la actualidad, esta circunstancia no está confirmada únicamente por el TC sino que además, desde la aprobación de la nueva norma, está regulada además de forma expresa. De acuerdo con lo anotado, las decisiones sanitarias que incumben al paciente menor de edad, tienen en cuenta tres parámetros: la edad, la madurez y la actuación sanitaria concreta. Así pues, en observancia a la edad del paciente, al acto sanitario concreto y la continua y progresiva adquisición de madurez personal del niño, se posibilita la actuación individual. Y esto, se corresponde con la voluntad de conciliar, a través del derecho positivo, la protección y la autonomía del menor de edad.

⁴⁰⁵ SÁNCHEZ, Carmen., “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad” en CABANILLAS, A., (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 959

Sin duda, se reconoce la posibilidad de actuación del menor de edad en el ejercicio de los derechos de la personalidad, en atención del acto, la edad y la madurez. Todo ello, evaluado caso por caso. Pues bien, en la línea de lo analizado hasta el momento, parece interesante la propuesta argumentada por Campoy, según la cual, en el ejercicio de los derechos, sería conveniente añadir un nuevo criterio a los mencionados anteriormente. Éste es, atender al derecho que se ejercita. Las limitaciones del ejercicio de los derechos están justificadas por el criterio cronológico y por la falta de razón, experiencia o información suficiente para ejercerlo puesto que ello puede conllevar el peligro de que se dificulte o impida la consecución de los propios planes de vida, la consecución del libre desarrollo de la personalidad o incluso, que se dañe ilegítimamente a terceros. En estos casos, el autor apunta que es interesante, pues, atender igualmente al derecho concreto que se ejercita puesto que hay que tener en cuenta que lo fundamental en todo caso es el respeto de la auténtica voluntad de cada uno, en este caso, de la voluntad del menor⁴⁰⁶.

2.2 Determinación de la madurez para actuar en el ámbito de la salud

Una vez analizado cuándo debe entenderse que el menor de edad posee madurez, es preciso tratar de determinar la persona a quien corresponde determinar que un niño posee capacidad natural suficiente para consentir por sí mismo una actuación.

Antes de la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia* y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*, la legislación no mencionaba ni la persona, ni el procedimiento que debía seguirse a la hora de establecer a quién correspondía, caso por caso, resolver si un menor de edad poseía suficiente capacidad natural para decidir una actuación concreta.

De modo que, cuando se trataba de decisiones que conciernen a la salud, la doctrina

⁴⁰⁶ CAMPOY, Ignacio., *La fundamentación de los derechos de los niños: modelos de reconocimiento y protección.*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 997 y ss.

mayoritaria⁴⁰⁷ consideraba que la persona apropiada en este ámbito era el profesional sanitario que atiende al niño en cada caso. No obstante, cuando intervenían distintos facultativos en un mismo procedimiento, consideraban que la tarea le correspondía concretamente al facultativo responsable del tratamiento sanitario en cuestión⁴⁰⁸. Igualmente, en el supuesto en el que facultativo presentase dudas a la hora de determinar si el niño tenía suficiente capacidad o no en el caso específico, era conveniente que la valoración final la decidiese el Juez con el apoyo del criterio objetivo del profesional de la salud y del Ministerio Fiscal⁴⁰⁹. Al mismo tiempo, una postura doctrinal añadía que lo apropiado no era la valoración única del profesional, sino que además era conveniente disponer de asesoramiento jurídico en dicha valoración, de este modo, se podía determinar la misma con seguridad jurídica⁴¹⁰.

En la actualidad, esta cuestión ha quedado solventada tras las reformas introducidas en la LAP con la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia* y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*.

⁴⁰⁷ A este respecto, afirma DOMÍNGUEZ que “por analogía con lo que establece el artículo 9.3 a) de la Ley 41/2002 ya que es el criterio del médico responsable de la asistencia el que aprecia en qué casos el paciente no es capaz de tomar decisiones” en *Derecho sanitario y responsabilidad médica: comentarios a la Ley 41/2002, de 24 noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 295

⁴⁰⁸ GARCÍA, María 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, Navarra, 2004, p.125

⁴⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Familia Y derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p.185., SÁNCHEZ, Carmen., “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad” en CABANILLAS, Antonio., (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, p.963

⁴¹⁰ A este respecto, afirma ROVIRA que “la práctica habitual debe ser la de acudir, siempre que sea posible, a los comités asistenciales creados al efecto y, en mayor medida, que el centro sanitario desarrolle protocolos claros sobre los objetivos, forma y peculiaridades de las evaluaciones de capacidad de los menores en relación a la gravedad y transcendencia del tratamiento” en *Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 170

Así, el art. 9.4 dice “Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”. Y en consonancia con el precepto, el art. 9.6 añade “En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

De manera que con la nueva redacción, esta cuestión ha quedado solventa puesto el legislador confirma que le corresponde evaluar y determinar al facultativo y en caso de dudas, establece un procedimiento para la resolución del conflicto. En estas líneas, habida cuenta de que las personas propuestas para determinar la madurez del niño se reducían a los representantes legales, los facultativos y el asesor jurídico, se comparte la postura adoptada por el legislador tras la reforma y por ende, la idea indicada por la doctrina mayoritaria, puesto que antes de que se introdujese esta modificación ya se consideraba que el profesional de la salud era la persona más apropiada en esta materia y por lo tanto, a quien correspondía valorar la capacidad natural en el supuesto específico. Esto es así por entender que el facultativo, en cualquier caso, es el especialista. Básicamente es quien posee los conocimientos científicos sobre el acto y sobre el proceso. Asimismo, es quien tiene la experiencia y la técnica. Sentado lo cual, el profesional es en definitiva, quien ostenta la posición idónea para valorar si el menor tiene la suficiente capacidad natural en las decisiones sobre la salud. Sin embargo, en caso de duda, la valoración final le corresponde a la autoridad judicial.

Ahora bien, al mismo tiempo, en estas líneas se comparte lo indicado por Alaez⁴¹¹ sobre esta materia, puesto que ofrece algunas conclusiones dignas de mención. Por un lado, como punto negativo apunta la dificultad de justificar que un profesional de la salud deba asumir dicha responsabilidad que no es una competencia médica en sí. Por otro, como punto positivo y para solventar tal situación, propone articular procedimientos judiciales específicos que sirvan para determinar si el menor posee madurez para actuar.

Ahora bien, a este respecto es preciso recordar, que si el menor emite consentimiento por sí mismo sin capacidad para ejercerlo, el acto es anulable por ausencia de capacidad, igualmente, quien ejerce la patria potestad en el caso de asistencia, debe escuchar la opinión del menor y velar en el mejor interés del mismo en su actuación.

A la vista de lo expuesto hasta el momento, cuando se confirma que un menor de edad no posee capacidad natural para decidir por sí mismo una actuación sobre su salud, intervendrán los representantes legales, por ello, a continuación se abordan las pautas a seguir en el ejercicio de la representación del menor en este contexto.

3.EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DEL MENOR DE EDAD

En el período de la minoría de edad se presentan diversos supuestos en los que la prestación del consentimiento informado se ejerce a través de representación legal. Los mismos, están justificados con base en tres parámetros, los cuales, pueden presentarse de forma combinada o individualizada en el caso concreto. Estos son, el tipo de acto a realizar, la edad y la capacidad natural, es decir, la madurez de la persona.

Así pues, en lo relativo a la emisión del consentimiento informado por representación, cabe señalar tres supuestos en los que la toma de decisión le corresponde a los representantes legales del niño como consecuencia de las circunstancias del caso. El primero, con carácter general, hace referencia al supuesto en el que el niño tiene una

⁴¹¹ ALÁEZ, Benito., *Minoría de edad y derechos fundamentales.*, Tecnos, Madrid, 2003, p.155

edad inferior a los dieciséis años y asimismo, no posee capacidad natural suficiente para decidir de forma autónoma un determinado tratamiento o intervención. El segundo, hace referencia al menor emancipado y a la persona mayor de dieciséis que bien no es considerada madura en atención al acto, o bien como el acto en sí mismo es de grave riesgo para la vida o la salud del niño, se exige la mayoría de edad. Por último, es el relativo al menor de edad con suficiente madurez que sin embargo, se encuentra imposibilitado de hecho para aceptar o rechazar el acto sanitario del que se trate⁴¹².

En estos supuestos el consentimiento informado lo ejercen los representantes legales, por consiguiente, de acuerdo con lo indicado, se abordan a continuación las pautas para el ejercicio de la representación del menor en este área.

3.1 Pautas básicas de actuación de los representantes legales del menor de edad

El consentimiento informado emitido en representación del niño ante un tratamiento o intervención debe prestarse con base en unos parámetros que progresivamente se han ido determinando por el derecho positivo, teniendo en cuenta que estas pautas, no sustituyen la voluntad del menor de edad sino que la representa⁴¹³.

En primer lugar, el consentimiento por quien ejerce la representación legal y más concretamente, por quien ostenta la patria potestad, tiene que ser emitido a través de la función de velar por el menor de edad y en segundo lugar, dicha función se debe llevar a cabo en atención del interés superior de éste. Esto significa que los representantes en ningún caso pueden adoptar una decisión con base en intereses propios ni en convicciones personales. Sino que muy al contrario, las decisiones adoptadas tienen que tomarse siempre a favor del niño. En este punto, la clave se ubica en distinguir si la actuación que va a desarrollarse sobre la salud del niño tiene una finalidad terapéutica o

⁴¹² GARCÍA, María 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, Navarra, 2004, p.131

⁴¹³ ALÁEZ, Benito., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 111

en cambio, no terapéutica, puesto que las intervenciones innecesarias deben ser consideradas como un límite en el ejercicio de la representación legal⁴¹⁴.

En cuanto a la base legislativa que introduce ambas pautas de actuación -la función de velar por el menor en atención del interés superior en el caso-, cabe anotar que, éstas, han sido configuradas de manera algo similar en el ámbito nacional e internacional.

El documento jurídico internacional que proclama con mayor precisión el respeto del interés del menor es la Convención que dice en el art 3.1; “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones publicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”⁴¹⁵.

Por su parte, en el ámbito nacional, empezando por la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, hay que mencionar el art 39.3 de la CE, puesto que establece que el deber de asistencia de los hijos menores de edad recae sobre los padres. En consonancia con la disposición constitucional, es de observancia el ya mencionado art. 154 CC, puesto que afirma que la patria potestad debe ser ejercida siempre en beneficio de los hijos, lo cual comprende, entre otros, el deber de velar por ellos. Así pues, siguiendo esta orientación, el inciso primero del art. 2 de la LOPJM, proclama que, en aplicación de la norma, primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir en el supuesto concreto de que se trate.

Y con más precisión, en el contexto sanitario, el art. 9.6 de la LAP dice “En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, (...) la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas

⁴¹⁴ GARCÍA, María 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, Navarra, 2004, p. 137

⁴¹⁵ Entorno a esta cuestión, véase el capítulo primero de esta tesis.

decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o la salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o estado de necesidad”.

El precepto transcrito debe interpretarse en consonancia con el art. 9.5 LAP que proclama; “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en 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”.

Anotado esto y de conformidad con ambas pautas, hay que observar dos criterios de los cuales se desprende el reconocimiento de una participación progresiva al menor. Es así que, en tercer lugar, el menor tiene derecho a expresar su opinión en los asuntos que afecten a sus intereses y por consiguiente, en cuarto lugar, tiene derecho a ser informado sobre su situación y su proceso en aras de poder manifestar su postura.

Ambas directrices, desde el punto de vista jurídico, están igualmente configuradas en la normativa internacional y nacional. Concretamente, en la Convención y en la LOPJM.

En lo que respecta al derecho del niño a ser escuchado, el inciso primero del art. 12 reconoce que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez. Y con tal fin, el inciso segundo de la misma disposición añade que el niño, en todo procedimiento judicial y administrativo que le afecte, debe ser escuchado.

A su vez, en el ámbito nacional, el art. 4 de la LOPJM proclama, “el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una

decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”. Y en lo que respecta al contexto de la relación clínico asistencial, el art. 9.3 c) dice “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor”.

Bajo estas circunstancias, la información transmitida debe ser clara y accesible en función de la edad y la madurez para que éste pueda formarse una visión propia sobre sus circunstancias y aportar así su punto de vista sobre supuesto particular. De esta forma, a pesar de las diferencias obvias presentes en la madurez de las personas según la edad, con carácter general, debe ser informado y con base en lo anterior, se presentarán distintos niveles de participación y consulta en el caso concreto.

Por ello, el Comité de los Derechos del Niño⁴¹⁶ considera que los Estados parte de la Convención, no deben imponer ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y al mismo tiempo, desaconseja establecer un límite de edad que restrinja el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que le afectan.

Ciertamente, los menores tienen derecho participar en la toma de decisiones sobre la propia salud. No obstante lo anterior, como se ha indicado, los niveles de participación del niño van a variar con base en la edad y por ende, en la capacidad natural. De ahí que, encontrar un equilibrio entre el interés superior del menor y tener debidamente en cuenta las opiniones de los niños puede presentar sus dificultades, dado que existe la posibilidad de que se trate de dos compromisos de difícil conciliación.

En la práctica, la opinión y el mejor interés pueden no ser coincidentes. Por ello, en cualquier caso, la consideración de las opiniones del menor debe ser proporcional a la

⁴¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado., CRC/C/GC/12., 20 de julio de 2009. P.24

madurez y a la edad, sin olvidar que las opiniones de los niños no son preponderantes. Dicho esto, la cuestión más problemática radica en la interpretación adecuada del interés superior del niño en cada supuesto, en relación con el valor que tiene la opinión.

En lo respecta a la determinación del interés superior de menor, De Lama⁴¹⁷ ha indicado tres criterios para determinar su contenido. El primero, hace referencia a los deseos del menor. El segundo, se refiere a la influencia de los valores y a las normas sociales en la educación del niño. El tercero, en relación directa con el derecho a ser escuchado, hace referencia a la posibilidad de participación y audiencia.

El primer criterio afirma, en la línea de lo apuntado, que quien ejerce la patria potestad debe respetar los deseos y opiniones del menor en reflejo de su personalidad. Esto significa que el desarrollo de la personalidad del menor se canaliza a través de la actuación de los padres como intérpretes de la personalidad del hijo. De esta forma, la voluntad debe ser libre y consciente, preferiblemente a través de una declaración argumentada y razonada. No obstante, en los casos en los que el menor es de corta edad, evidentemente, la argumentación y el razonamiento que puede aportar el niño es incompleta. Sin embargo, afirma la autora que, en este caso, los deseos y opiniones pueden igualmente tener transcendencia, en aras de proteger su personalidad.

Ahora bien, ello no quiere decir que los padres deban subordinar su actuación a los deseos del menor de edad, dado que en ocasiones, como expone la autora, la voluntad del menor, independientemente de que se haya puesto de manifiesto de forma argumentada y razonada, puede ser una voluntad caprichosa y contraria a los derechos de la personalidad del niño. Por ello, este criterio resulta de difícil aplicación, por lo tanto, debe entenderse como orientador a la hora de interpretar la voluntad del niño.

⁴¹⁷ DE LAMA, Alejandra., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 97 y ss.

El segundo criterio, hace referencia al aprendizaje de determinados valores y normas sociales. De acuerdo con la autora, el interés del menor presenta una proyección de futuro debido al proceso de formación y afianzamiento de la propia personalidad en la que se encuentra el niño. Así, el principio prevé una actuación en el presente para conseguir unos resultados futuros. Desde esta perspectiva, los padres como titulares de la patria potestad tienen una función social basada en inculcar a los hijos valores constitucionales como la libertad, la dignidad y los derechos inherentes a las mismas. Es recomendable, pues, educar al menor de edad en la existencia paralela de deberes y responsabilidades. Este criterio, además de promover la protección, pretende mejorar las habilidades de los niños en la toma de decisiones futuras de una forma activa⁴¹⁸.

Finalmente, el criterio referente a la participación y la audiencia del menor, como expone la autora, es conveniente que sea desarrollado de una forma progresiva, de tal manera que, cuanto mayor grado de madurez presente el niño, menor grado de intervención presentará quien ejerce la patria potestad, siendo la intervención paterna inversamente proporcional a la madurez de los hijos. Básicamente, el objetivo de este criterio es conseguir la formación de una persona adulta, responsable y autosuficiente.

Por su parte, en lo que respecta al valor que debe otorgarse a la opinión del niño, cabe anotar que la inclusión efectiva de ésta depende, en gran medida, de la actitud adoptada por los sujetos que intervienen en los procesos de decisión⁴¹⁹.

Sentado lo cual, cabe insistir en la importancia de adoptar decisiones conjuntas, en las que el menor de edad sea partícipe en el proceso de deliberación a pesar de que no presente una madurez suficiente para adoptar una decisión autónoma. Esto significa que, si bien el consentimiento informado lo prestan los representantes legales, éste, en cualquier caso, debe ser emitido previa audiencia del menor de edad.

⁴¹⁸ DE LAMA, Alejandra., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, cit., pp. 98 y ss.

⁴¹⁹ KRAPPMANN, Lothar., “The weight of the child’s view (Art 12 of the Convention on the Rights of the Child)”, *The International Journal of Children’s Rights*, núm. 18, 2010, pp.512-513

En este sentido, el Comité de los Derechos del niño⁴²⁰ ha señalado a los Estados parte la importancia de crear un entorno basado en la confianza, puesto que la salud y el desarrollo están condicionados por el entorno que rodea a la persona. En consecuencia, insiste en que, antes de que los padres den su consentimiento sobre una actuación que involucra al niño, es necesario que el menor de edad tenga la oportunidad de exponer sus opiniones y que éstas sean debidamente tenidas en cuenta⁴²¹.

Así, se trata, sin duda, de cuatro criterios orientadores de la actuación en representación del menor que buscan un equilibrio entre la necesidad de protección y autonomía. En este sentido, las pautas enunciadas deben ser respetadas por los representantes.

Ahora bien, sobre esta cuestión y en referencia directa con el consentimiento informado en representación del menor en el marco de la atención médica, cabe recordar que a la hora de tomar una decisión sanitaria, no sólo interviene quien ejerce la representación legal del menor de edad, sino que además intervienen los facultativos.

Tanto los representantes legales como los profesionales de la salud influyen en el proceso de toma de decisiones y por lo tanto, presentan un peso en cada una de las actuaciones. Así pues, hay que tener en cuenta que aparecen implicadas tres partes⁴²².

En realidad, las pautas indicadas con anterioridad deben ser asumidas por ambos actores y esto implica que igualmente, a los facultativos, les corresponde actuar en el interés del menor y además, tienen la responsabilidad de informar al niño sobre la situación, así como escuchar y tener en cuenta su opinión en el proceso decisivo.

⁴²⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General n°4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño., CRC/GC/2003/4, Julio 2003.

⁴²¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General n°4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño., CRC/GC/2003/4, Julio 2003.

⁴²² ALVENTOSA DEL RÍO, José Fina. Capacidad de obrar del menor en el ámbito sanitario y drogodependencias”, *Revista Española de Drogodependencias*, 2013, p. 279

Sentado lo cual, se puede afirmar, pues, que en el proceso de toma de decisiones, cuando una determinada actuación beneficie de forma objetiva el estado de salud del menor debe ser aceptada. En caso contrario, cuando la susodicha actuación conlleve más riesgos que beneficios para el niño, con base en lo apuntado anteriormente, debe ser rechazada como medida de protección y garantía de los derechos del menor. Teniendo en cuenta que, en los supuestos en los que se manifiesten discrepancias insalvables entre los representantes legales del menor de edad y los profesionales de la salud, e incluso entre los representante legales entre sí, lo conveniente es acudir, en todo caso, a la autoridad judicial para que valore las circunstancias del supuesto concreto.

3.2 Propuesta de consentimiento informado escrito en representación

Siguiendo las indicaciones establecidas en el capítulo cuatro sobre el contenido del consentimiento informado escrito para la realización de un acto sanitario concreto cabe anotar que, cuando el mismo se emita en representación del menor de edad, debe quedar manifestado en el propio documento de que se trate. Así pues, la propuesta de consentimiento informado escrito en representación es la siguiente;

**CONSENTIMIENTO INFORMADO ESCRITO PARA
(NOMBRE DEL ACTO A REALIZAR)**

A. INFORMACIÓN SOBRE EL ACTO

1. Descripción del procedimiento

.....
.....
.....

2. Objetivo/s

.....
.....

3. Alternativas razonables

.....
.....

4. Riesgos típicos del procedimiento

.....
.....

5. Riesgos personalizados

.....
.....

6. Consecuencias

.....
.....

7. Contraindicaciones

.....
.....
.....

B. DECLARACIÓN DE CONSENTIMIENTO

YO, (APELLIDOS, NOMBRE DEL PACIENTE).....

CON DNI.....FECHA NACIMIENTO.....

DOMICILIO.....

EN CALIDAD DE.....DE.....

(REPRESENTANTE LEGAL/APELLIDOS, NOMBRE DEL PACIENTE)

DECLARO QUE

-El profesional sanitario (APELLIDOS, NOMBRE).....

-Me ha explicado el contenido de la información del acto de forma oral y escrita

-He comprendido la información recibida y estoy conforme la misma

-He formulado todas las preguntas consideradas convenientes y han sido aclaradas

-He decidido en representación del interés del menor y en protección de su salud

-He sido informado de que en cualquier momento puedo revocar mi consentimiento

Por todo ello,

AUTORIZO QUE SE REALICE EL ACTO SANITARIO X EN (LUGAR)

.....

RECHAZO QUE SE REALICE EL ACTO SANITARIO X EN (LUGAR)

.....

A.....de.....de.....

Paciente

Representante del paciente

Profesional sanitario

Fdo.....Fdo.....Fdo.....

C. REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

REVOCO EL CONSENTIMIENTO PRESTADO EN LA FECHA INDICADA

A.....de.....de.....

Paciente

Representante del paciente

Profesional sanitario

Fdo.....Fdo.....Fdo.....

.....

4. CONSIDERACIONES FINALES

- A la hora de establecer un marco teórico sobre consentimiento informado cuando el sujeto al que se le aplica un tratamiento o intervención es una persona menor de edad, cabe distinguir dos situaciones diferenciadas. En ambas situaciones el punto clave queda concretado en la madurez del menor. Por un lado, se reconoce la posibilidad de actuación autónoma del niño con base en la adquisición de una suficiente capacidad natural para decidir sobre un acto concreto. Por otro, se reconoce la posibilidad de prestación del consentimiento informado a través de la representación legal cuando el menor no posea suficiente madurez para decidir una determinada actuación por sí mismo.
- La posibilidad de actuación del menor en el área sanitaria a través de la prestación del consentimiento informado se regula con carácter general en el art. 162 del CC. No obstante lo anterior, en este ámbito, la capacidad del menor de edad y por lo tanto, la posibilidad de intervención en la toma de decisiones, bien de forma autónoma, bien a través de representación, se desarrolla en la norma específica, regulada en la concretamente en el art. 9 de la LAP.
- En el marco de la relación clínica, el criterio aplicado en la emisión del consentimiento informado válido por las personas menores de edad combina una vertiente rígida y otra flexible. La primera entiende que tras el cumplimiento de una determinada edad, el niño adquiere capacidad legal para actuar, salvo en los casos excepcionales que están expresamente regulados. La segunda, establece como relevante la adquisición de la madurez para actuar de forma competente. Con base en ello, la norma positiva reconoce tres supuestos concretos sobre la prestación del consentimiento. Estos son; En primer lugar, la norma reconoce que a partir de los dieciséis años edad, el menor tiene capacidad legal para tomar decisiones por sí mismo en este área. Igualmente, el menor emancipado tiene reconocida la misma capacidad legal. Ambos supuestos se interpretan de este modo salvo que se demuestre que el niño no es maduro. Ahora bien, a lo indicado hay que añadir que cuando según el criterio del facultativo se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento lo presta el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la

opinión del mismo. Por lo tanto, en este supuesto, la capacidad legal reconocida al niño es relativa. En segundo lugar, la norma reconoce con carácter general que el consentimiento lo dará el representante legal del menor cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, después de haber escuchado su opinión y conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En tercer lugar, cabe anotar que del tenor literal de nueva redacción de la disposición se desprende que, cuando la persona tenga una edad inferior a los dieciséis años de edad se debe evaluar la madurez. En este punto, si se confirma que el menor de edad tiene madurez suficiente para decidir por sí mismo el acto concreto tiene reconocido, pues, el derecho a prestar el consentimiento informado forma autónoma.

- En el contexto sanitario, los menores de edad, reúnen las condiciones de madurez suficiente para actuar de forma autónoma, con carácter general, tras el cumplimiento de los dieciséis años de edad. Así, queda reconocida la capacidad de discernimiento para conocer el alcance del acto sanitario. De acuerdo con ello, los representantes del menor no están legitimados para actuar, a partir de la edad apuntada salvo en los casos excepcional tipificados expresamente.
- El punto problemático en esta materia es la evaluación de la madurez. Por lo tanto, la actuación por representación en este supuesto, requiere ser analizada caso por caso, puesto que de lo expresamente puesto de manifiesto en el articulado, se desprende que el menor de edad puede prestar consentimiento a las intervenciones sanitarias cuando presente la óptimas condiciones de madurez, esto es, cuando posea capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención de que se trate.
- La determinación de la capacidad natural de la persona hace referencia a la facultad de entender y de querer de forma autónoma en cuanto al acto concreto de que se trate. Por lo tanto, el paciente menor de edad, a la de emitir un consentimiento informado válido, debe tener conocimiento de las circunstancias y consecuencias que rodean el acto específico, así como de los efectos jurídicos

que se desprenden de la actuación concreta. En esencia, es la aptitud o idoneidad psíquica para prestar consentimiento de forma consciente, libre y voluntaria.

- La persona a quien le corresponde determinar caso por caso si un menor tiene suficiente capacidad natural para actuar de forma autónoma es el profesional de la salud que atiende al paciente y si en el supuesto concreto intervienen varios profesionales, le corresponde al facultativo responsable. Ahora bien, en caso de que se presenten dudas razonables en la evaluación de la madurez del niño, es la autoridad judicial quien valora lo favorable atendiendo al caso específico.
- En el supuesto de que el menor de edad no tenga suficiente capacidad natural para decidir por sí mismo, el consentimiento informado se ejerce a través de la representación con base en cuatro pautas. En primer lugar, el consentimiento debe ser emitido en virtud del deber de velar por el menor. En segundo lugar, dicho deber se debe llevar a cabo a favor del interés superior del niño y asimismo en protección de la vida y la salud de éste. En tercer lugar, el menor tiene derecho a expresar su opinión por consiguiente, en cuarto lugar, tiene derecho a ser informado sobre su situación en aras de poder manifestar su postura. La información debe ser transmitida de forma comprensible.
- El interés superior del menor de edad y el derecho a ser escuchado y prestar la opinión por parte del niño son dos compromisos que a primera vista son de difícil conciliación puesto que, según las circunstancias del caso concreto, pueden no ser coincidente. Por ello, la consideración de las opiniones del menor, en cualquier caso, debe ser proporcional a la madurez y a la edad de la persona.

CAPÍTULO V. TRATAMIENTOS MÉDICOS E INTERVENCIONES SANITARIAS EN PACIENTES MENORES DE EDAD: SUPUESTOS PARTICULARES

Antes de examinar los supuestos particulares es importante abordar las siguientes cuestiones sobre el anclaje constitucional del consentimiento informado: ¿El consentimiento es un derecho humano fundamental en sí, o es un acto de ejercicio de un derecho fundamental concreto? Y en este último caso, ¿De qué derecho fundamental?. Pues bien, para resolver estas preguntas hay que tener en cuenta dos sentencias pronunciadas por la jurisprudencia española porque si bien es cierto que en los pronunciamientos de los tribunales no se han hecho numerosas referencias entorno a esta cuestión, no es menos cierto que de los mencionados pronunciamientos jurisprudenciales se desprende una evolución al respecto. Estas son, de un lado, la sentencia del TS de 12 de enero de 2001, por referirse al consentimiento como derecho humano fundamental. De otro, la sentencia del TC, 37/2011, de 28 de marzo de 2011, por referirse al mismo como acto de ejercicio de un derecho fundamental concreto.

El TS, en la sentencia 3/2001, de 12 de enero de 2001, cataloga el consentimiento informado con las siguientes connotaciones “es un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia”. Frente a tal afirmación, algunos autores han considerado apropiado el encuadramiento del consentimiento informado porque la institución es necesaria para conseguir de forma efectiva el respeto de la autonomía de la voluntad del paciente y de este modo, se dota a la figura jurídica de relevancia⁴²³.

⁴²³ RAZQUÍN, María., “El consentimiento informado como derecho humano fundamental” en ALENZA, José Francisco y María Luisa ARCOS (dir.), *Nuevas perspectivas jurídico éticas en Derecho sanitario*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 401 y ss., PELAYO, Ángel., *El derecho de autonomía del paciente en la*

Sin embargo, tal catalogación no ha estado exenta de crítica. En efecto, hay quienes han cuestionado la naturaleza reconocida por el tribunal porque para la efectiva protección de los derechos de los pacientes no es preciso crear un derecho fundamental denominado consentimiento informado⁴²⁴. Desde esta perspectiva se afirma que la institución en sí misma, lejos de ser un derecho humano fundamental, es un mecanismo de garantía y protección⁴²⁵. Y por su parte, otros autores, han sostenido que el consentimiento informado está anclado en un derecho fundamental concreto. Así pues, por un lado, se ha anclado en el ejercicio del derecho a la vida⁴²⁶. Y en una línea similar, hay quien ha considerado que el derecho a decidir con libertad sobre las cuestiones que se refieren a la propia salud es una manifestación directa del derecho a la libertad de conciencia⁴²⁷, es decir, del derecho fundamental reconocido en el art. 16.1 CE.

Ahora bien, el TC, ha reconocido en la sentencia de 28 de marzo de 2011, que el hecho de que el consentimiento informado no esté proclamado de forma expresa en la norma suprema no implica que la institución quede al margen de previsión constitucional⁴²⁸. Al contrario, afirma que los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas no pueden agotar su contenido en el reconocimiento

relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado, Comares, Granada, 2009, p.40

⁴²⁴ SANCHO, Ignacio., “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *Indret*, núm. 209, 2004, p.4., ROVIRA, Antonio., *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 109 y ss.

⁴²⁵ ROVIRA, Antonio., *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, cit., p. 109

⁴²⁶ MARÍN, José Ángel., “A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 LGS: la relevancia jurídica del consentimiento informado”, *Revista General del Derecho*, núm. 610-611, 1995, p.8238., MÉJICA, Juan., *El estatuto del paciente a través de la nueva legislación sanitaria estatal*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p.50

⁴²⁷ TARODO, Salvador., *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005, p. 311

⁴²⁸ STC, 37/2011, de 28 de marzo, FJ3

de los mismos⁴²⁹. Así pues, la sentencia referida resuelve el desacuerdo anotado cuando dice, “El consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad”. Asimismo, explica “El artículo 15 de la CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, lo que no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral”.

Pues bien, como conclusión parcial de lo expuesto hasta aquí cabe anotar que hoy, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por reconocer que el ejercicio del consentimiento informado del paciente implica el ejercicio del derecho fundamental de la integridad física y moral⁴³⁰. Y esto es así, ante cualquier acto sobre la salud. Es más, en estas líneas se comparte la consideración de que la relación del consentimiento informado con algunos derechos fundamentales no es tangencial, sino que forma parte de su contenido⁴³¹. Y de acuerdo con este enfoque, el consentimiento debe ser entendido como un mecanismo de protección y garantía de los derechos de los pacientes⁴³² puesto que es un acto de ejercicio del contenido esencial de los derechos fundamentales en general. Y más concretamente, del derecho a la integridad personal porque en esencia,

⁴²⁹ Véase la doctrina reiterada del TC en SSTC, núm. 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 3., núm. 116/1999, de 17 de junio, FJ 5., núm. 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4

⁴³⁰ MARTÍNEZ, Luis., “Libertad de conciencia y tratamiento médico”, *Persona y Derecho*, núm. 41, 1999, p.415., TOMÁS-VALIENTE, C., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE)”, en CARBONELL, Juan Carlos (coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.1851

⁴³¹ BASTIDA, Francisco José., “Autonomía del paciente, consentimiento informado y derecho fundamental a la integridad física y moral” en XÍOL, Juan Antonio y Francisco José BASTIDA., *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales.*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, p.195

⁴³² STC, núm. 37/2011 de 28 de marzo, FJ 3

es el derecho constitucional más directamente involucrado con los tratamientos médicos y las intervenciones sanitarias porque se ejercita en todos los supuestos⁴³³.

Esclarecido lo anterior, parece conveniente, pues, esgrimir el contenido esencial del derecho a la integridad física y moral con el objetivo de confirmar si el consentimiento informado es un acto de ejercicio de dicho derecho. Así, como punto de partida, parece conveniente atender al tenor literal del art. 15 CE que dice, “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”. Pues bien, a primera vista, el problema que plantea este precepto es que reconoce conjuntamente el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral. No obstante, hay que tener en cuenta que, aunque estos derechos se complementan, en realidad son autónomos y diferentes. De hecho, la diferencia fundamental se ubica precisamente en que el consentimiento constituye el elemento esencial del derecho a la integridad. Sin embargo, la voluntad del sujeto no puede encuadrarse en el ejercicio del derecho a la vida porque ésta, es un bien indisponible e intangible, por lo tanto, no es objeto de protección del derecho⁴³⁴. Por eso, como el derecho a la vida y a la integridad no tienen porqué ejercitarse simultáneamente, es razonable que en adelante, el análisis se centre en un tratamiento autónomo del derecho a la integridad física y moral con la intención de argumentar adecuadamente la postura sostenida por estas líneas.

En lo que respecta a la integridad física y moral, la disposición protege, “la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervenciones en esos bienes que carezcan

⁴³³ BASTIDA, Francisco José., “Autonomía del paciente, consentimiento informado y derecho fundamental a la integridad física y moral” en XÍOL, Juan Antonio y Francisco José BASTIDA., *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales.*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, p.197

⁴³⁴ CANOSA, Raúl., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp.100 y ss.

del consentimiento de su titular”⁴³⁵. Esto significa que en el marco de la relación clínico asistencial, el derecho a la integridad de la persona ampara dos facetas. De un lado, la integridad física y de otro lado, la integridad moral del paciente.

La integridad física hace referencia al cuerpo humano, es decir, a la protección física de la persona en toda situación que produzca o pueda producir una lesión externa. De esta forma, se ha afirmado que el derecho protege la incolumidad corporal⁴³⁶. Esto es, el derecho a no sufrir una lesión en el propio cuerpo sin consentimiento.

Por su parte, en lo que respecta a la integridad moral, el término hace referencia a los ataques de carácter psíquico y psicológico. Según Canosa, se entiende que se ha producido una intromisión en este derecho cuando la persona soporta un menoscabo psicológico que desencadena en un trastorno del libre desarrollo de la personalidad⁴³⁷.

Hay que añadir que en ambos casos, no es preciso que la lesión se consume, es decir, la intromisión al derecho se produce cuando acaece un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse en alguna de las facetas del contenido esencial⁴³⁸. Aunque no todo riesgo o daño para la salud implica una vulneración de la integridad del paciente. Es más, únicamente se considera como tal, aquel que suponga un peligro grave, cierto e inmediato⁴³⁹. Por ello, en suma, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal en su conjunto, queda comprendido en el denominado derecho a la integridad personal⁴⁴⁰. Y desde este prisma, la integridad personal engloba ambas facetas, por eso, se ha calificado como núcleo común de la inviolabilidad física y moral. De ahí que, en adelante, cuando se haga referencia al mismo se empleará la expresión mencionada.

⁴³⁵ STC, núm. 120/1990, de 27 de junio, FJ 8

⁴³⁶ STC, núm. 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2

⁴³⁷ CANOSA, Raúl., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 95

⁴³⁸ STC, núm. 221/2002, de 25 de noviembre, FJ. 4

⁴³⁹ STC, núm. 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6., núm. 5/2002, de 14 de enero, FJ 4

⁴⁴⁰ STC, núm. 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3

Ahora bien, en atención a la definiciones indicadas cabe apuntar dos notas importantes. Por un lado, que si bien la integridad física, con carácter general, no produce problema alguno en su determinación, la integridad moral es difícilmente determinable⁴⁴¹. Por otro lado, que si bien en un mismo acto pueden verse vulnerados tanto el derecho a la integridad física como moral, la intromisión en los derechos no tiene porqué ser simultánea. Es decir, en una actuación sobre la salud personal, puede producirse una intromisión en la faceta moral del derecho, en la corporal, incluso en ambas.

Pues bien, en lo que respecta al consentimiento informado como acto de ejercicio del derecho a la integridad personal, el TC⁴⁴² ha explicado que “aunque el derecho a la integridad se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (...), su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por «toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular»”.

Siendo así, dado que la actividad sanitaria se lleva a cabo sobre el cuerpo, el derecho fundamental aquí tratado, sin duda, presenta un nexo incuestionable con el derecho a decidir y elegir del paciente. De manera que el ejercicio del mismo queda subsumido en este contexto porque forma parte de cualquier actuación sobre la salud.

Por lo tanto, así entendido, todas las actuaciones que se lleven a término sin autorización del paciente suponen una intromisión en el derecho fundamental a la integridad personal con independencia de que la mencionada actuación haya sido considerada por la ciencia como beneficiosa o como perjudicial para el estado de salud de la persona. Este punto es importante porque existe un imperativo constitucional de previo consentimiento del paciente incluso ante las actuaciones sanitarias consideradas como objetivamente idóneas porque producen un beneficio directo en su salud⁴⁴³. Por

⁴⁴¹ CANOSA, Raúl., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 324

⁴⁴² STC, núm. 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2

⁴⁴³ DÍEZ-PICAZO, Luis María., “Derecho a la vida y a la integridad física y moral”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 2002, p. 16

ello, el derecho a la integridad personal implica el derecho a que no se lleve a cabo ningún tratamiento o intervención en ausencia de la autorización del paciente.

Básicamente, el consentimiento informado del paciente, como se ha apuntado en el capítulo anterior, ha sido definido como, “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”⁴⁴⁴.

Asimismo, las manifestaciones del consentimiento emitido por un paciente y en el mismo sentido, el ejercicio de la facultad nuclear del derecho a la integridad, han sido determinadas en la norma desde dos vertientes, una positiva y otra negativa. Y ambas, constituyen el contenido prestacional del consentimiento informado. En cuanto a la positiva, el art. 2.2 proclama “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”. Siguidamente, en consonancia con este precepto, el art. 2.3 dice, “el paciente tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”. En cambio, la vertiente negativa está reconocida en virtud del art 2.4, “todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento”.

En consecuencia, la LAP hace referencia expresa al consentimiento del paciente en los art. 2.2 y 2.4 manifestando una relación directa con el derecho a la integridad puesto que desde una perspectiva tanto positiva como negativa contempla la posibilidad de consentir y rechazar cualquier acto sanitario a voluntad del titular del derecho.

Teniendo en cuenta lo apuntado, “el derecho resulta afectado cuando se impone a una persona asistencia médica en contra de su voluntad. Dicha imposición, puede venir determinada por los demás variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del

⁴⁴⁴ Véase el art 3 de la LAP

derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional”⁴⁴⁵. Y en este sentido, “el derecho fundamental conlleva una facultad negativa que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas y, 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”⁴⁴⁶.

De esta forma, de acuerdo con Canosa⁴⁴⁷, “la autorización de un tratamiento o intervención así como la oposición al mismo, implica el ejercicio del derecho a la integridad física y moral siempre que consideremos que el bien jurídico protegido por el derecho fundamental hace referencia a la libre disposición sobre el propio cuerpo”. Y, en palabras de Díez-Picazo, “la presencia o ausencia de consentimiento es el factor determinante de la licitud o ilicitud de las intervenciones sanitarias del paciente”⁴⁴⁸.

Sobre esta cuestión, como ha apuntado Tomás-Valiente, quedan descartadas otras posibilidades sugeridas por la doctrina, algunas estrechas como las que parten de la libertad religiosa del art 16 CE y otras, en cambio, más amplias. Entre estas últimas se encontrarían eventuales fundamentos como la dignidad del art. 10.1 CE⁴⁴⁹.

La relevancia constitucional adquirida por el consentimiento informado como garantía del derecho a la integridad personal en un momento previo a cualquier intervención en el ámbito de la salud, alcanza de este modo, su máxima expresión como elemento fundamental que debe ser emitido con carácter obligatorio, bien de forma verbal, bien

⁴⁴⁵ STC, núm. 120/1990, de 27 de junio, FJ 3

⁴⁴⁶ SSTC, núm. 154/2002, de 18 de julio, FJ 9., núm. 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3

⁴⁴⁷ CANOSA, Raúl., *El derecho a la integridad personal*, Lex nova, Valladolid, 2006, p. 203

⁴⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis María., “Derecho a la vida y a la integridad física y moral”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 2002, p. 16

⁴⁴⁹ TOMÁS-VALIENTE, Carmen., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE)”, en CARBONELL, Juan Carlos (coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.1851

en forma escrita, según la naturaleza del tratamiento. En el sentido expuesto, el TC⁴⁵⁰ es muy explícito al afirmar que el consentimiento informado alcanza así “una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental”.

Básicamente, el consentimiento informado se manifiesta como una obligación para el profesional y un derecho para el paciente. Pues bien, de lo apuntado se desprende que la emisión del mismo legitima la actuación del profesional sanitario siendo ésta por lo tanto lícita y consentida, de manera que la actuación sanitaria es correcta.

En el citado pronunciamiento, el TC⁴⁵¹ afirma que “el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad”. En este sentido explica que el ejercicio del consentimiento informado es “una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo”⁴⁵².

Una vez delimitado el contenido esencial del derecho a la integridad personal, adquiere pleno sentido el afirmar que el consentimiento informado es un acto de ejercicio del mencionado derecho fundamental y no un derecho humano fundamental en sí mismo. Ahora bien, es de advertir que el hecho de que el ejercicio del consentimiento del paciente está anclado constitucionalmente al derecho a la integridad física y moral no

⁴⁵⁰ STC, núm. 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5

⁴⁵¹ STC, núm. 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5.

⁴⁵² STC, núm. 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5.

implica que el paciente al decidir en el supuesto concreto, no ejerza el otros derechos fundamentales. Evidentemente, según el supuesto específico, el derecho a la vida, a la libertad de conciencia y a la intimidad, pueden estar implicados en la toma de decisión.

Anotado lo anterior se plantean los supuestos considerados como controvertidos en la toma de decisión sanitaria que involucran a la persona menor de edad. Concretamente, se abordan cinco supuestos particulares: las medidas de inmunización sistemática, la circuncisión, la transfusión sanguínea, la interrupción voluntaria del embarazo y las instrucciones previas. Sentado lo cual, cabe recordar que hasta el momento, se ha afirmado, con carácter general, que el paciente tiene derecho a aceptar y a rechazar cualquier tratamiento o intervención sanitaria. Ahora bien, esto es así en atención a la edad, a la madurez y además, en atención al acto concreto de que se trate. Por ello, al hilo de las consideraciones expuestas, en adelante, se aborda la posibilidad de ejercer el consentimiento informado por el menor de edad en los supuestos propuestos. Dicho consentimiento se analiza en el caso de que el menor de edad tenga madurez para autorizar o rechazar un tratamiento de forma autónoma y en el caso de que el profesional de la salud determine que el menor de edad no posee madurez para actuar de forma autónoma y en su interés, actúe quien ejerce la representación legal.

Antes de entrar a analizar cada uno de los casos cabe anotar someramente lo siguiente.

En lo que se refiere en concreto a la inmunización sistemática de los menores de edad, se plantea desde una doble perspectiva. De un lado, como medida preventiva de protección de la salud individual. De otro, como medida preventiva de la salud colectiva. En la primera dimensión mencionada, la protección de la salud individual de la persona, se aborda la posibilidad del rechazo de los padres a la vacunación de los hijos menores de edad y en sentido contrario, la facultad del niño de decidir por sí mismo sobre la medida sanitaria desde perspectiva de las vacunaciones sistemáticas. En la segunda dimensión mencionada, la protección de la salud colectiva, surge una cuestión de actualidad y por lo tanto, de interés en estas líneas. Esta es, la referente a la posibilidad de vacunación forzosa como medida preventiva de posibles epidemias reales y graves en conexión con la autonomía de la voluntad de la persona. Así pues, en este supuesto se aborda una aproximación a la vacunación sistemática y ordinaria de carácter

individual aplicada en menores, como sistema de prevención de enfermedades y epidemias. Y además, las vacunaciones forzosas y por tanto, obligatorias, ante un situación de riesgo real y grave de contagio a la colectividad.

La interrupción voluntaria del embarazo se plantea también desde una doble vertiente. En primer lugar, se analiza la posibilidad de acceso a la prestación sanitaria por la menor de edad de forma autónoma y por lo tanto, sin necesidad de intervención de los representantes. En sentido contrario, se aborda la posibilidad de actuación de los representantes cuando la menor no posea capacidad natural suficiente para decidir. En segundo lugar, el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad de la menor de edad ante la interrupción voluntaria del embarazo con base en la capacidad natural.

Por su parte, en lo que respecta a las transfusiones sanguíneas y la circuncisión, se analiza el ejercicio del consentimiento informado, es decir, la posibilidad de prestación autónoma por el menor de edad, o en su caso, por los representantes legales. De acuerdo con este enfoque, hay que tener en cuenta que el tratamiento planteado en los dos supuestos propuestos están anclados en el ejercicio de la libertad religiosa. Ahora bien, en lo que respecta a las transfusiones sanguíneas, se trata de una intervención sanitaria necesaria, es decir, de índole terapéutica. En cambio, el tratamiento de la circuncisión presentado a continuación, hace referencia al supuesto no terapéutico.

Mientras que, por lo que se refiere a las instrucciones previas, se plantea la posibilidad de elaboración del documento como instrumento que permite transmitir la voluntad sobre un tratamiento o intervención, es decir, el consentimiento, en un momento futuro.

Antes de abordar este capítulo es conveniente una mención a la reciente aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia* y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*. Como se ha anotado en el capítulo anterior, esta ley ha introducido novedades en lo que respecta a la prestación del consentimiento informado por representación. De hecho, las modificaciones introducidas en la reforma han sido puestas de manifiesto en el capítulo cuatro a la hora de establecer el marco

jurídico de ejercicio del consentimiento informado en el período de la infancia. Por lo tanto, a continuación, al resolver los supuestos propuestos en estas líneas, se va a tener en cuenta de un lado, la situación anterior a la reforma y de otro, la situación actual.

1. VACUNACIÓN SISTEMÁTICA

Las vacunas son una medida sanitaria que tiene como finalidad prevenir al organismo de la aparición determinadas enfermedades. Esta medida está orientada tanto a la protección del individuo como al de la población en general. De forma que las actividades de inmunización se llevan a cabo a lo largo de la vida de la persona⁴⁵³. Ahora bien, en lo que sigue, únicamente se va abordar la inmunización sistemática en el período de la infancia, concretamente, en lo que respecta a la facultad de decidir sobre la aceptación o el rechazo de las vacunas preventivas en esta etapa.

Los sistemas sanitarios elaboran calendarios vacunales para llevar a cabo las actividades de inmunización. Estos calendarios pueden presentar diversas modalidades. Sin embargo, los más comunes se reducen a tres: obligatorios, recomendatorios y la combinación de ambas. Así pues, las políticas sanitarias que han sido adoptadas sobre la inmunización preventiva de las personas son distintas en cada país.

En realidad, se pueden concretar las mismas a través de tres estrategias diferentes⁴⁵⁴. En países Europeos como Francia, Grecia, Portugal e Italia existe obligatoriedad de suministro para ciertas vacunas y en cambio, recomendación de la vacunación en otras. Básicamente, según la vacuna de la que se trate tendrá carácter obligatorio o voluntario. En cambio, en Reino Unido la postura adoptada por las políticas sanitarias ofrece una recomendación a la vacunación. Ahora bien, dicha estrategia de política sanitaria está acompañada de una adecuada oferta de servicios e incentivos así como de información.

⁴⁵³ ÁLVAREZ, María José y Susana MARTÍN., “Estrategias de vacunación en Atención Primaria”, *Revista Clínica Electrónica en Atención Primaria*, 2003, p.1

⁴⁵⁴ Estas estrategias están desarrolladas por DI PIETRO, María Luisa., Refolo PIETRO y Fermín GONZÁLEZ., en “Sobre la responsabilidad de la vacunación” *Cuadernos de Bioética*, núm. 78, 2012, p.326

En Alemania, Canadá y USA, no se producen sanciones por la falta de inmunización preventiva, sin embargo, se inadmite el ingreso de los menores en los centros escolares sin certificado de vacunación. Sin él, el menor no es admitido en la escuela obligatoria.

Apuntado a grandes rasgos las políticas sanitarias existentes, con la intención de centrar la cuestión, cabe matizar que en España, al igual que en Reino Unido, la vacunación no es obligatoria sino que muy al contrario, se trata de una prestación voluntaria⁴⁵⁵. A tales efectos se observa que el carácter recomendatorio de la medida y la delegación de competencias en materia de sanidad, ha favorecido que cada Comunidad Autónoma diseñe su propio calendario de inmunización. Y en este sentido, en la actualidad, existen diferentes calendarios de vacunación infantil dentro del territorio nacional. Dicho esto, hay que tener en cuenta además, que el ciudadano tiene la posibilidad de aceptar o rechazar la medida preventiva a través del ejercicio de la autonomía de voluntad que, como se ha indicado, es un derecho anclado constitucionalmente en la integridad física. Así pues, la inmunización es una medida sanitaria de carácter preventivo y voluntario. Esto significa que el régimen jurídico que lo regula está sujeto a las disposiciones reconocidas en la LAP, con base en la facultad de decidir y elegir del individuo.

1.1 El menor de edad maduro

Teniendo en cuenta lo anterior, un paciente mayor de edad con capacidad de obrar puede prestar el consentimiento por sí mismo de forma libre, consciente y voluntaria tras recibir la información adecuada sobre la vacuna concreta. Sin embargo, el objeto de

⁴⁵⁵ Ello, sin olvidar que, la Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la Base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944 dispone “las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el gobierno cuando, por la existencia de caos repetidos de estas enfermedades o por estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que esta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias”. Ahora bien, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública se declara la voluntariedad de la vacunación, no obstante, en la disposición derogatoria no declara inaplicable la disposición transcrita, por lo que podría entenderse a día de hoy en vigor.

estas líneas es esgrimir el alcance del consentimiento informado en la minoría de edad, por lo tanto, hay que atender a la disposición que regula esta materia.

Antes de la reforma, el art. 9.3 c de la LAP reconocía literalmente, “se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: c) cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

De esta forma, en lo que respecta a la vacunación infantil, cuando niño era un menor emancipado o en su caso, tenía una edad igual o superior a los dieciséis años cumplidos, tenía capacidad legal para decidir por sí mismo. Y esto era así en cualquier caso. Por lo tanto, implicaba que el niño era competente del mismo modo que lo es la persona adulta. Por ello, el propio menor era quien, de forma autónoma, estaba legitimado para decidir sobre una vacuna recomendada sin intervención de los representantes legales.

A este respecto, cabe recordar además que el art. 9.3 de la LAP, en consonancia con el art. 162.1 del CC, amplía el ámbito de intervención a favor del niño. Esto es así porque la actuación supone el ejercicio de los derechos de la personalidad, por consiguiente, de acuerdo con las condiciones de madurez del menor, si éste tenía suficiente capacidad para entender y decidir por sí mismo, la facultad de ejercer el consentimiento informado sobre la vacuna quedaba excluida del ámbito de actuación de los representantes legales, sin establecer una edad rígida entorno a esta cuestión. En consecuencia, el menor que tenía una edad entre doce y dieciséis años y que según el criterio del profesional sanitario tenía suficiente capacidad natural para decidir por sí mismo de forma autónoma sobre la medida, podía prestar igualmente consentimiento.

En la actualidad, a tenor de lo dispuesto en la nueva redacción del art. 9.3 y 9.4 de la

LAP la situación es diferente. Por un lado, el actual art. 9.3 c) dice “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: ...c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”. Por otro, el actual art. 9.4 afirma, “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 la 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”.

Ahora se distinguen, pues, dos supuestos. En primer lugar, a partir de los dieciséis años edad, el menor tiene capacidad legal para decidir sobre la vacuna por sí mismo. Igualmente, el menor emancipado tiene la misma capacidad legal para decidir sobre la vacuna. Ambos supuestos se interpretan de este modo salvo que se demuestre que el niño no es maduro. En segundo lugar, el menor puede igualmente decidir sobre la medida de inmunización cuando tenga una edad inferior a los dieciséis y se confirme por el facultativo que tiene madurez suficiente porque comprende la medida preventiva.

1.2 El menor de edad no maduro

Por su parte, la toma de decisión cuando el niño no posea madurez suficiente le corresponde en todo caso a los representantes legales. Así, la decisión debe llevarse a cabo con base en las pautas que han sido indicadas en el capítulo cuatro, es decir, en aplicación de los criterios que progresivamente ha determinado el derecho positivo.

El consentimiento informado de los representantes se ejercerá en función del deber de velar por el menor y por ende, a favor de su interés superior, de la protección de su salud y en defensa de la vida. Asimismo, el niño tiene derecho a expresar su opinión y a ser escuchado, por consiguiente, debe ser informado sobre la vacuna que ha sido recomendada. Esto significa que los representantes en ningún caso pueden tomar una

decisión con base en intereses propios ni en creencias personales o ideológicas. Sino que muy al contrario, las decisiones tienen que tomarse siempre a favor del menor.

En realidad, entorno a esta cuestión hay que tener en cuenta que la mayoría de las vacunas infantiles se recomiendan en una etapa en el que la persona es muy joven, a menudo, cuando tiene únicamente unos meses de edad⁴⁵⁶. Por lo tanto, en lo que aquí importa, cabe esgrimir con mayor detalle la toma de decisión sobre las mismas durante este período, a pesar de que las pautas de actuación indicadas son válidas tanto en el caso de que el niño esté un el período temprano de la vida como en etapas posteriores.

Así pues, con carácter general, la ley reconoce el derecho a tomar la decisión a quien ejerce la representación legal del menor y la misma, debe ser adoptada sobre la base de lo que objetivamente se considere, en el supuesto concreto, como el interés superior del niño y la defensa de la vida y la salud. Ciertamente, en cuestiones de inmunización, cuando los niños todavía no son capaces para decidir por sí mismos, incluso cuando tampoco pueden expresar su opinión por tratarse de personas de corta edad, son los representantes quienes, en primer término, toman la decisión correspondiente.

Bajo las circunstancias indicadas, el punto controvertido surge a la hora de justificar e interpretar qué es lo que debe ser considerado en el caso concreto como el interés superior del menor en la toma de decisión a adoptar⁴⁵⁷. Sin duda, aunque los representantes legales ostentan la facultad de tomar decisiones, no están habilitados para tomar una decisión que conlleve una consecuencia negativa en la salud del menor⁴⁵⁸. Por lo tanto, cuando se considere que una decisión supone un riesgo en el estado de salud del niño se suceden dos consecuencias, por un lado, puede ser revocada. Por otro

⁴⁵⁶ DAWSON. Angus., “The determination of the best interests in relation to childhood immunisation”, *Bioethics*, núm. 1, 2005, p. 72

⁴⁵⁷ ELLISTON, Sarah., *The best interest of the child in healthcare*, Routledge-Cavendish, New York, 2007, p.106

⁴⁵⁸ DE MONTALVO, Federico., “Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas Español y Norteamericano”, *Derecho privado y constitución*, núm. 26, 2012, pp.223-237

lado, como consecuencia de lo anterior, puede intervenir el Estado en protección del menor como garante de mejor interés⁴⁵⁹. En caso de dilema sobre la aplicación de la medida, es conveniente que el interés superior del niño se determine a través de ponderación con la finalidad de establecer un equilibrio entre los riesgos y los beneficios asociados tanto a la aplicación de la vacuna como a la no aplicación de la misma⁴⁶⁰. La evaluación valorada en dichos términos se debe llevar a cabo con base en la evidencia científica según el estado de la ciencia y la protección de la salud.

El paradigma del debate en el sistema de vacunación español se presenta en los supuestos en los que los representantes legales deciden la no inmunización del niño puesto que esta medida aporta beneficios al individuo y al colectivo. En estos casos, resulta cuestionable que una vacuna pueda ser rechazada, por eso, autores como Montalvo proponen que cuando hay una evidencia científica suficientemente contrastada sobre que una vacuna en concreto ofrece beneficios hay que inmunizar de forma sistemática y obligatoria, salvo en los casos en los que la negativa de los padres esté justificada⁴⁶¹. Ahora bien, en este caso, la dificultad estriba en determinar qué negativas están justificadas y bajo qué fundamento se aprecia tal valoración en cada supuesto. En cambio, García⁴⁶² indica que el sistema estadounidense es el más prudente porque garantiza la vacunación sin restringir la libertad individual. Básicamente, este modelo ha adoptado la obligatoriedad de la vacunación infantil pero asumiendo los posibles riesgos que puedan manifestarse de la administración de una vacuna. Además, prevé para diversos supuestos, determinadas exenciones a la imposición de vacunar. De hecho, de acuerdo con este enfoque, cabe recordar que desde la aprobación de la *Ley*

⁴⁵⁹ DAWSON. Angus., “The determination of the best interests in relation to childhood immunisation”, *Bioethics*, núm. 1, 2005, p.75

⁴⁶⁰ DAWSON. Angus., “The determination of the best interests in relation to childhood immunisation”, cit., p.75

⁴⁶¹ DE MONTALVO, Federico., “Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas Español y Norteamericano”, *Derecho privado y constitución*, núm. 26, 2012, pp. 223-237

⁴⁶² GARCÍA, Yolanda., ¿Vacunaciones obligatorias de menores contra la voluntad de los padres?, *Humanitas*, núm. 35, 2009, p.19

Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, las decisiones adoptadas por los representantes, tienen como límite expreso la vida y la protección de la salud del niño.

En estas líneas se considera que, si bien es cierto que en la actualidad no existe anclaje legal para imponer una vacuna ni a personas mayores, ni a menores de edad, no es menos cierto que se comparte la postura adoptada por la autora por considerar que mantiene un equilibrio entre el respeto de las decisiones personales y el respeto a la protección de la salud del colectivo poblacional en general. No obstante, lo ideal es que los propios pacientes o usuarios de los servicios sanitarios, en el ejercicio de la autonomía personal, adopten decisiones informadas y responsables a la hora de aceptar o rechazar una determinada vacuna. Para ello, se hace necesario cambiar la idea de prevención como simple reducción de riesgos, para pasar a una medicina preventiva que sea capaz de favorecer la consecución de actitudes morales encaminadas a la consecución del bien “salud” para la propia persona y para la comunidad⁴⁶³. Precisamente, en este sentido se pronuncia el preámbulo de la Ley General de Salud Pública; “la salud, definida como una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa, proporciona junto con la educación las mejores oportunidades para que una sociedad tenga bienestar. Por ser autónoma, la salud reconoce la libertad de escoger siendo consciente de las consecuencias, para lo cual hay que proporcionar una educación que asegure la capacidad crítica, la posibilidad de madurez democrática y participativa”.

1.3 El caso de la vacunación forzosa como medida preventiva sanitaria de protección de la salud colectiva

En las líneas que preceden, se ha analizado la vacunación sistemática como prestación sanitaria y como medida preventiva desde la perspectiva del derecho a la autonomía de

⁴⁶³ DI PIETRO, María Luisa., Refolo PIETRO y Fermín GONZÁLEZ., “Sobre la responsabilidad de la vacunación”, *Cuadernos de bioética*, núm. 78, 2012, p.323

la voluntad. Concretamente, ante la negativa de un vacuna por los representantes legales de un menor así como la posibilidad de elección autónoma del menor maduro.

En lo que sigue, se aborda la protección de la salud colectiva en relación con la vacunación en caso de riesgo real y grave de contagio. En este sentido, se analizan los límites de la autonomía de la voluntad ante el supuesto de vacunación forzosa como protección de la salud pública. Esta idea conlleva analizar a su vez dos cuestiones; La primera, la normativa que regula la actuación de la administración en una situación de epidemia. La segunda, la posibilidad de intervención de los poderes públicos con el objetivo de tutelar la salud de la colectiva a través de la vacunación forzosa.

La protección de la salud, como es bien sabido, es un derecho constitucional reconocido en el art. 43.1 CE. De acuerdo con la disposición se puede afirmar, como se ha venido apuntando hasta el momento que, el contenido del derecho a la protección de la salud tiene una doble vertiente. De una parte, abarca el ámbito de la denominada “salud pública”, contemplando todas las medidas que un Estado debe desarrollar para preservar la salud de su ciudadanía. De otra, comprende las acciones a adoptar para garantizar la asistencia sanitaria que cada ciudadano pueda llegar a precisar⁴⁶⁴. En relación con esto, en el ámbito de protección de la salud pública, el art 43.2 de la CE declara “competen a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”. Esta disposición, es un mandato dirigido a los poderes públicos, por ello, en virtud de la misma, las Administraciones sanitarias están legitimadas para organizar y tutelar, entre otras, las políticas de vacunación.

En el marco de salud pública colectiva, la normativa administrativa a nivel estatal regula las medidas preventivas que la administración sanitaria puede adoptar. Entre ellas, se puede mencionar, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS), la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante, Ley 16/2003), la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril,

⁴⁶⁴ ORTIZ DE ELGEA, Javier., “La asistencia sanitaria en la Unión Europea y la libre circulación de usuarios”, *Derecho y salud*, núm. Extra 1, 2003, p.63

de Medidas especiales en materia de salud pública, (en adelante LOSP), y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública (LGSP).

Así, respecto al conjunto de medidas preventivas que las autoridades pueden adoptar en caso de riesgo para la salud pública y en cuanto a los principios orientadores del sistema, la LGS, en cumplimiento del mandato constitucional declarado, afirma como principio informador del sistema, en el art. 28.a), la “Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias” ante la protección de la salud pública”.

La norma anuncia colaboración y cooperación con la Administración, ahora bien, a su vez, está reconociendo la posibilidad de aplicar medidas de intervención sanitaria para dar eficacia y garantizar la protección de la salud colectiva en supuestos de epidemia. En el art. 26.1 dispone, “En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras consideren sanitariamente justificadas”. Y el art 28 c) dice “las limitaciones deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan”.

Por su parte, la 11/2003 proclama las bases de la prestación asistencial y comprende las distintas actuaciones de prestación de salud pública en el art. 11. 2 y 3. A tales efectos declara que “Las prestaciones de salud pública se ejercerán con un carácter de integralidad, a partir de las estructuras de salud pública de las Administraciones y de la infraestructura de atención primaria del Sistema Nacional de Salud”.

El art. 2 de la LOSP posibilita la adopción de acciones preventivas y medidas excepcionales de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control, cuando exista un peligro para la salud de la población debido a una situación sanitaria concreta, como es el caso un brote epidémico que precisa de intervención pública a través de la vacunación obligatoria. En virtud del art. 2 de la LOSP se reconocen, pues, cuatro medidas específicas que pueden, en su caso, incurrir en una limitación de derechos

fundamentales. Estas son, las medidas de reconocimiento, de tratamiento, de hospitalización y de control. Y además, en consonancia con lo antedicho, la LAP reconoce asimismo, unos límites al consentimiento informado. Concretamente, el art. 9.2 a) LAP proclama que, “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas”.

La reciente aprobación de la LGSP en el año 2011, trata de ordenar y coordinar la normativa mencionada y a tales efectos, en palabras de preámbulo de la norma, tiene como objeto, “dar una respuesta completa y actual al requerimiento contenido en el artículo 43 de la Constitución Española y, en consecuencia, tratar de alcanzar y mantener el máximo nivel de salud posible de la población”.

Así, el art. 5.2 LGSP dispone “sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de la salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de salud pública”. De ello se desprenden dos ideas. En primer término, un modelo basado en la voluntariedad. En segundo término, la posibilidad de omitirla en casos excepcionales.

En palabras del TC, la sentencia 98/2004, de 25 de mayo dice “partiendo de que el art. 149.1.1 CE habilita al Estado para establecer una regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, lo que no conlleva la exclusión de las diferencias en las normas complementarias de las Comunidades Autónomas”. De acuerdo con lo antedicho, hoy, las comunidades autónomas tienen un calendario oficial de vacunación sujeto a las respectivas modificaciones que se hagan a nivel nacional.

La LGSP modifica el art. 11.2 de la Ley 16/2003 e incorpora “La prestación de salud pública incluirá, asimismo, todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales

que, en materia de salud pública, resulte preciso adoptar por las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique”.

Estas medidas extraordinarias deben ser adoptadas por los juzgados de lo contencioso administrativo. Así, el art. 8.6 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa dice, “la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”.

Una vez perfilado el marco normativo de actuación de la administración sanitaria y sus competencias, los dos panoramas posibles en cuanto al sistema de inmunización español son por un lado, la vacunación sistemática y ordinaria como sistema de prevención de enfermedades o epidemias que en nuestro país es recomendatorio y por tanto, rige el principio de autonomía personal. Por otro, la posibilidad de vacunaciones forzosas, es decir, obligatorias, ante un situación de riesgo real y grave de epidemia.

En el primer panorama apuntado, tal y como indican Bernard Lo y Mitchel Katz, los profesionales sanitarios promueven los mejores intereses de los pacientes individuales en respeto de su autonomía. Por el contrario, en el segundo panorama, que es el que en estas líneas se analiza, la salud pública se centra en los mejores intereses de la población en su conjunto y no de los intereses de cada paciente concreto. Así pues, bajo determinadas circunstancias, indican los autores que la libertad y la autonomía del paciente pueden ser anulados por el bien común. Esto puede suceder en respuesta a una grave amenaza probable para la salud pública, en la que es lícito imponer pruebas obligatorias, tratamiento, vacunación, cuarentena o aislamiento⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ LO, Ben y Martin KATZ., “Clinical Decision Making during Public Health Emergencies: Ethical Considerations”, *Annals of internal Medicine*, núm. 7, 2005, pp. 493-498

La situación de epidemia ante la existencia de un riesgo real y grave para la salud pública, supone la adopción de las medidas anotadas, lo cual implica a su vez, una limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales. Por ello, en adelante, se aborda dicha posibilidad prestando especial atención a la limitación derecho a la integridad personal ante la vacunación forzosa como medida preventiva de la salud colectiva.

Los derechos fundamentales que pueden verse comprometidos en un supuesto de intervención en materia de salud pública por razones sanitarias son, entre otros, el derecho a la libertad de información y expresión, el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad ideológica o religiosa y el derecho a la intimidad.

En lo que respecta a la intromisión de las autoridades en el derecho a la libertad de información y expresión, el objetivo concreto de limitar el derecho fundamental, es evitar la divulgación de información que carezca de veracidad y pueda causar confusión y desconcierto en los ciudadanos⁴⁶⁶. Se trata, por lo tanto, de no hacer saltar la alarma y crear pánico social si la información no es fiable y está contrastada.

Ahora bien, la mencionada limitación convive con el derecho a la información epidemiológica reconocido en el art. 6 de la LAP, en virtud del cual, “los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley”⁴⁶⁷.

En este sentido, cuando se acredite grave riesgo para la salud pública, la posible limitación del derecho a la información epidemiológica y la libertad de expresión, entendida esta última desde la perspectiva de la transmisión de información por medios de comunicación, no estarían justificadas por tratarse de un derecho de los ciudadanos.

⁴⁶⁶ SÁNCHEZ-CARO, Javier y Fernando ABELLÁN., *Retos en salud pública : derechos y deberes de los ciudadanos*, Comares, Granada, 2011, p. 171

⁴⁶⁷ El derecho a la información está igualmente reconocido en el art. 4 la LOGSP

De acuerdo con lo antedicho, es evidente que el derecho a la libertad personal también puede verse limitado ante la imposición de medidas preventivas de necesaria adopción.

Esta limitación, según Sánchez Caro y Abellán, se puede desarrollar desde dos vertientes. La primera consiste en una limitación total y absoluta del derecho en un supuesto de necesaria hospitalización y sometimiento a régimen de aislamiento por riesgo de contagio. La segunda en una restricción de movimiento y circulación de la persona afectada, pudiendo la administración decretar el estado de cuarentena⁴⁶⁸.

En cuanto a la primera, es decir, la privación de la libertad personal apuntada, hace referencia a una limitación completa, a modo ilustrativo, puede consistir en una medida preventiva de hospitalización. En cambio, la segunda medida indicada, hace referencia a una limitación de carácter atenuado, no absoluta, como es el supuesto de una situación cuarentena sin necesidad de proceder a la hospitalización como medida de control.

El derecho a la intimidad o el derecho a la integridad física del paciente puede verse afectado indistintamente en atención, como se ha apuntado anteriormente, a la clase de reconocimiento que las autoridades sanitarias realicen sobre el cuerpo de la persona así como por la comunicación de los datos sanitarios personales de la persona afectada.

Evidentemente, ante la negativa del afectado o de sus representantes legales es necesaria una autorización judicial para proceder a la actuación en interés del colectivo.

Asimismo, puede acaecer una limitación del derecho a la libertad religiosa e ideológica.

En este supuesto concreto, el interés general frente al individual, autoriza a la mencionada limitación a través de las medidas preventivas consideradas por las autoridades sanitarias como pertinentes sin necesidad del consentimiento de la persona.

⁴⁶⁸ SÁNCHEZ-CARO, Javier y Fernando ABELLÁN., *Retos en salud pública : derechos y deberes de los ciudadanos*, Comares, Granada, 2011, p.170

Igualmente, el derecho a la libertad religiosa e ideológica queda comprometido en su proyección colectiva, desde esta perspectiva, el derecho apuntado está igualmente conectado con los derechos fundamentales de reunión y manifestación⁴⁶⁹.

En realidad, las mencionadas limitaciones deben estar justificadas, evidentemente, deben ser necesarias y proporcionales con las circunstancias del supuesto concreto⁴⁷⁰.

En estos casos, como apunta Narváez⁴⁷¹, los peligros subyacentes pueden ser de tanta gravedad para la comunidad que la afectación del interés general justifica que se actúe incluso contra la voluntad del paciente pues ya no es sólo un problema individual y concreto del ciudadano que no quiere someterse a dicha prueba, sino que es colectivo.

En efecto, este supuesto trasciende a la comunidad desde el mismo momento en que su negativa puede acarrear la imposibilidad de un diagnóstico correcto de su padecimiento.

En consecuencia, según el citado autor, la eventualidad de error en el tratamiento y en la curación de la enfermedad con las graves consecuencias para la salud del resto de los ciudadanos que decisiones equivocadas de esta naturaleza pueden conllevar.

En España, ha acaecido en una ocasión el supuesto de vacunación forzosa. El auto judicial sobre la salud pública y la necesidad de intervención de la Administración, se produce en un colegio de Granada como consecuencia de un brote de sarampión.

⁴⁶⁹SÁNCHEZ-CARO, Javier y Fernando ABELLÁN., *Retos en salud pública : derechos y deberes de los ciudadanos*, cit., p.171

⁴⁷⁰ SSTC, núm. 11/1981, de 8 de abril, FJ 2., núm. 62/1982, de 15 de octubre, FJ 3., núm. 43/1983, de 27 de mayo, FJ 2., núm. 13/1985, de 31 de enero, FJ 5., núm. 37/1989, de 11 de febrero, FJ 3., núm. 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 3

⁴⁷¹ NARVÁEZ, Antonio., “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009, p. 88

En este supuesto, las autoridades sanitarias impusieron con carácter obligatorio el suministro de una vacuna ante la presencia de la situación epidémica evidente.

En este caso, el riesgo real y grave de contagio se corrobora en, primer lugar, con la cuantía de los menores afectados, ya que los mismos sumaban un total de 36 casos confirmados en el mismo centro de enseñanza. Además cabe anotar, en segundo lugar, que todos los casos residían en la misma zona de la ciudad y acudían al mismo colegio.

A tales efectos, una vez se confirma la presencia de padres que, en representación del menor, rechazan la medida de vacunar a sus hijos a pesar de la evidencia de que el virus iba a continuar circulando por el colegio y el barrio, el centro escolar solicita la intervención de la Administración con el objetivo de controlar la epidemia mencionada.

Desde el inicio del brote, el colegio intentó abordar la situación y, para ello, el centro remitió tres cartas a los padres de los 215 niños, entre 3 y 15 años, escolarizados en el centro público, a través de las cuales se comunicó la situación y se solicitó que se vacunase a los niños no vacunados. A fecha de 15 de noviembre de 2010 no habían contestado 53 y 5 habían rechazado de forma expresa la vacunación recomendada.

Así, el 22 de noviembre de 2010, la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía solicita la necesidad de vacunación forzosa de los 35 niños que se habían negado a vacunarse expresamente a través de los representantes legales o que los mismo no habían cumplimentado el requerimiento de recibir las dosis de la vacuna triple vírica.

El juzgado al considerar el riesgo de salud pública de epidemia y conforme a los requisitos de urgencia y necesidad de la medida, autoriza la vacunación de forma obligatoria, a pesar de la consecuente limitación del derecho a la integridad personal.

En el auto, lo interesante para estas líneas del razonamiento jurídico son los fundamentos tercero y cuarto, en los que el juez, al considerar que el derecho a la integridad de los niños está comprometido, determina que la medida adoptada de vacunación forzosa. Así pues, la necesaria intervención de la administración sanitaria,

queda justificada con las circunstancias del supuesto en virtud de los requisitos establecidos por el TC en cuanto a los límites del derecho. Expresamente declara:

“Cuando en el caso concreto se constata que se encuentra comprometido el derecho a la integridad física, el Tribunal Constitucional se ocupa de exponer los requisitos necesarios para que la medida se encuentre constitucionalmente justificada: que se persiga un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentre amparada por una norma de rango legal (principio de legalidad); que sea acordada Judicialmente pero sin descartar que la ley pueda habilitar a otros sujetos por razones de urgencia o necesidad; motivación de la resolución que la acuerde; y, finalmente, proporcionalidad de la medida de manera que el sacrificio que la medida, idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, no implique un sacrificio desmedido”.

Por ello, “A estos condicionantes se añade una última limitación que opera tanto en el momento aplicativo como en el legislativo: "la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características" y "la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sol iré los que pesa una prohibición absoluta(artículos 10.1 y 15 CE”.

Entendemos que no suscita debate que la medida solicitada por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía persigue un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentra amparada por una norma de rango legal; y que existe proporcionalidad de la medida de manera que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido, bastando a estos efectos recordar lo reseñado en el hecho segundo de esta resolución; En resumen, que mientras con la administración de la vacuna antisarampionosa un 10% de los vacunados presentan malestar general y fiebre entre 5 y 12 días después de la vacunación, síntomas que duran de uno a dos días y causan pocas limitaciones a la actividad del niño, acreciendo en contadas ocasiones convulsiones por la fiebre, que no deán secuela alguna, sin que se asocian enfermedades de mayor gravedad con la vacunación; las complicaciones del sarampión ocurren en re un 5- 15% de los casos, e incluyen otitis

media, laringotraqueobronquitis, neumonía, diarrea, crisis convulsivas febriles, encefalitis y ceguera, siendo los menores de 5 años que viven en malas condiciones o están mal nutridos, los adultos y los pacientes con deficiencias los que presentan un mayor riesgo de complicaciones graves, conllevando la gravedad del cuadro clínico el Ingreso en Hospital de un elevado número de casos, siendo la tasa de letalidad del sarampión, en los países desarrollados, en torno al 1 por mil”.

A tales efectos, de acuerdo con Beltrán⁴⁷², para dilucidar esta cuestión, cabe señalar de entrada que, en situación de normalidad, difícilmente es justificable la vacunación obligatoria de niños contra la voluntad de sus padres, ya que con los calendarios de vacunación sistemática recomendada, se obtienen tasas elevadas de inmunización.

Ahora bien, cuando estos niveles decaen para una enfermedad determinada, en este caso el sarampión, de manera que se genera un riesgo real de contagio y, por ende, un riesgo cierto de epidemia para la comunidad escolar de un área territorial, la obligatoriedad de la vacunación puede ser una opción ética y constitucionalmente justificable.

De ahí que el autor concluye reafirmando la licitud de la prevalencia del derecho a la protección de la salud de la comunidad escolar sobre el derecho a la integridad física.

No obstante, advierte de la necesidad de, en su caso, eximir de la vacunación obligatoria a aquellos niños respecto de los existan contraindicaciones médicas a la vacunación, pues de lo contrario, los efectos secundarios importantes, secuelas e incluso peligro de muerte, generados por la vacuna harían que la vacuna obligatoria fuer desproporcionada y que, por ende, no se respetase el contenido esencial del derecho a la integridad física.

⁴⁷² BELTRÁN, Juan Luis., “Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados”, *Derecho y salud*, núm. 1, 2012, p. 27

En un sentido similar, Narváez⁴⁷³ afirma que, la preservación de la salud colectiva a la que debe tender la actuación de las autoridades sanitarias constituye un bien jurídico e interés general que en los casos de epidemia con elevado riesgo de contagio humano puede conllevar la limitación cuando no la privación de derechos y libertades fundamentales que, no sólo se extiende a un variado catálogo de ellos, sino que también afecta a los que más relevancia tienen para el ser humano.

De acuerdo con García⁴⁷⁴, la cuestión sobre la que se reflexiona en estas líneas produce cierta tensión jurídico-ética, ya que el dilema que se plantea, está desarrollado en una ponderación entre el respeto de la libertad de la persona, es decir, la autonomía individual para decidir sobre la salud y la seguridad colectiva. De ahí, la importancia de valorar los circunstancias del supuesto y aportar una solución en cada caso concreto.

Esta decisión judicial es la primera y única acaecida en España hasta el momento, por ello, lo relevante de la cuestión es que cuando se produce una afectación personal sobre el derecho a la integridad prima la defensa del interés individual y, por lo tanto, prevalece el consentimiento informado. En cambio, cuando se trata una cuestión de la salud pública, prima el interés general sobre el individual, pudiendo llegar a limitarse derechos fundamentales en atención a las circunstancias concretas. En este supuesto, la intromisión queda concretada en el derecho a la integridad física de los menores de edad ante el rechazo inicial de la vacuna necesaria por los representantes legales de los niños.

En síntesis, razones de ética profesional y de prevención de riesgo contra la salud pública, justifican una posible intromisión en la integridad del paciente así como la transmisión de la información a terceras personas a pesar de la falta de consentimiento.

⁴⁷³ NARVÁEZ, Antonio., “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009, p. 88

⁴⁷⁴ GARCÍA, Yolanda., ¿Vacunaciones obligatorias de menores contra la voluntad de los padres?, *Humanitas*, 2009, núm. 35, p. 11

2. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

La interrupción del embarazo está incluida como una prestación sanitaria en el Sistema Nacional de Salud y por lo tanto, es un derecho de la mujer⁴⁷⁵ siempre que se acceda a la práctica en cumplimiento de una serie de requisitos contemplados por la norma. Así pues, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria de embarazo (en adelante LOSSRIVE) se reconoce a la mujer el derecho a una maternidad libremente decidida.

La nueva regulación supone un cambio de concepción puesto que de ser considerado como delito en alguna de sus formas pasa a ser legalizado y por lo tanto, a ser considerado lícito. En lo que respecta a este cambio, el preámbulo de la LOSSRIVE justifica el tratamiento jurídico de la interrupción del embarazo con base en lo siguiente. En primer lugar, afirma que la nueva regulación de esta materia cumple con el objetivo de adecuar el marco jurídico español al consenso de la comunidad internacional. Por ello, siguiendo la pauta marcada por los países de nuestro entorno político y cultural busca garantizar y proteger los derechos e intereses de la mujer y de la vida prenatal. En consecuencia y en segundo lugar, como se ha indicado, incorpora el aborto como una prestación del Sistema Nacional de Salud, poniendo al alcance de quienes lo precisen, tanto servicios de atención, como asesoramiento e información. Esto significa que el ordenamiento jurídico reconoce que el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad. De forma que como el embarazo y la maternidad son dos cuestiones que implican la protección de un ámbito de autonomía personal se reconoce que puedan tomar decisiones de forma libre, consiente y voluntaria en esta materia.

El legislador afirma que la idea anotada en el apartado segundo del preámbulo, está

⁴⁷⁵ La interrupción del embarazo está incluido como prestación sanitaria desde la aprobación del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Derogada la anterior el aborto está incluido en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

amparada en la doctrina sentada desde la STC 53/1985, la cual, confirma la negación del carácter absoluto de los derechos e intereses que entran en conflicto a la hora de regular la interrupción voluntaria del embarazo y, en consecuencia, reconoce el deber del legislador de ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos. Y seguidamente, recuerda la doctrina constitucional de la STC 116/1999 que los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución, no obstante, esto no significa que resulten privados de toda protección constitucional.

Así, a través de un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación, el legislador trata de garantizar los derechos fundamentales de la mujer embarazada y la protección de la vida en formación como bien jurídico merecedor de protección. En tercer lugar, el preámbulo indica que la elección del modelo de tutela gradual, debe estar determinado en unos plazos regulados por el contenido de la norma y mediante el cumplimiento de los mismos, la práctica del aborto es lícita. De acuerdo con ello, en cuarto lugar, reconoce que la mujer tiene derecho a tomar una decisión libre e informada sobre el embarazo hasta la decimocuarta semana de gestación sin necesidad de que concurra ninguna causa de justificación. Una vez cumplido el plazo, la ley ofrece la posibilidad de interrumpir el embarazo hasta la vigésimo segunda semana de gestación, no obstante, esta decisión está subordinada a un sistema de indicaciones de carácter médico.

En cuanto al período inicial de catorce semanas en el que la mujer puede tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, queda justificado con base en la doctrina constitucional de la STC 53/1985 por lo que denomina “autodeterminación consciente”, que viene a significar en palabras del tribunal que en esta materia, la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer como valor amparado en el art. 10.1 CE.

En cuanto al período posterior, es decir, desde la decimocuarta semana hasta el cumplimiento de la vigésimo segunda semana de gestión, queda justificado con base en

cuestiones médica, ya que como afirma la doctrina constitucional de la STC 53/1985, tiene una especial transcendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es susceptible de vida independiente de la madre y en el mismo sentido, la comunidad científica afirma que el umbral de viabilidad fetal se sitúa entorno a este plazo.

En síntesis, como indica el preámbulo, la necesidad de la aprobación de la norma viene fundamentada en la equiparación de nuestro sistema con el sistema de los países de nuestro entorno⁴⁷⁶. Así, se reconoce el aborto como prestación sanitaria a la que la mujer puede acceder en el ejercicio de la autonomía personal tras el cumplimiento de unos requisitos mínimos⁴⁷⁷. Para ello, se reconoce un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación en el que quedan establecidos los plazos para el acceso lícito⁴⁷⁸. Básicamente, el ordenamiento jurídico ofrece un sistema mixto, es decir, en primer término, el acceso libre a la interrupción del embarazo a través de un sistema de plazos y una vez alcanzado el límite temporal establecido en la norma, ofrece en segundo término, el acceso a la interrupción del embarazo a través de un sistema de indicaciones.

Ahora bien, es de advertir que como la interrupción del embarazo es una prestación sanitaria, la aceptación o el rechazo del aborto va a depender del ejercicio de la autonomía de la voluntad y por consiguiente, de la emisión del consentimiento informado por la persona interesada a la que se le realiza el acto sanitario.

En este sentido, una vez apuntados someramente los supuestos en los que la mujer puede acceder a la prestación, cabe esgrimir los presupuestos a través de los cuales la ley reconoce capacidad la persona para consentir el aborto. En lo que sigue, teniendo en cuenta lo anterior, se aborda la posibilidad de acceso a la interrupción del embarazo por la persona menor de edad de forma autónoma y, por lo tanto, sin necesidad de intervención de los representantes. Igualmente, en sentido contrario, se aborda la posibilidad y la forma del actuar de los representantes en nombre de la menor.

⁴⁷⁶ Apartado I del preámbulo de la LOSSRIVE

⁴⁷⁷ Apartado I, II y III del preámbulo de la LOSSRIVE

⁴⁷⁸ Apartado I, II y III del preámbulo de la LOSSRIVE

2.1 La menor de edad madura

La interrupción o no el embarazo implica de forma directa el ejercicio del derecho fundamental a la integridad personal puesto que se trata de una decisión que en cualquier caso se lleva a cabo sobre el cuerpo de la persona titular del derecho. Esto significa que la toma de decisión en este área supone el ejercicio de los derechos de la personalidad dado que se trata de un acto personalísimo. Por ello, a la hora de decidir sobre la cuestión, no rigen las reglas generales de la capacidad de obrar. A tales efectos, de acuerdo con lo desarrollado en el capítulo segundo y cuarto del estudio, las menores de edad tienen reconocida capacidad de obrar limitada. Esto supone que pueden tomar decisiones con base en la edad, la madurez y la importancia del acto que lleve a término. Por lo tanto, en el sentido indicado, sus decisiones tienen validez.

Ahora bien, a la hora de legitimar la práctica clínica hay que atender al marco jurídico en el que se desarrolla el consentimiento sobre la interrupción voluntaria del embarazo, puesto que la prestación sanitaria está regulada por la norma específica.

El consentimiento informado ante la interrupción del embarazo, según el art. 13.3 de la LOSSRIVE, debe realizarse “con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”. Y esto, debe interpretarse en consonancia con lo dispuesto en el inciso primero del art. 13.4 que reconoce “en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad”. De acuerdo con ello, la norma específica remite a la forma de representación legal regulada en régimen general del consentimiento para los actos sanitarios de la LAP.

Antes de la reforma de la LAP, el tenor literal del art. 9.3 afirmaba lo siguiente; “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando

se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación (...)"'. Así pues, el tenor literal de la disposición transcrita reconocía que a partir de los dieciséis años, la persona tenía capacidad legal para tomar una decisión autónoma entorno a la interrupción voluntaria del embarazo. Y asimismo, la menor de edad emancipada podía decidir en este área. En cambio, entre los doce y los dieciséis años, le correspondía al profesional de la salud atender a las condiciones de madurez y por consiguiente, a la capacidad natural para comprender el acto y las consecuencias concretas de las decisión a adoptar, tanto si se decidía interrumpir como continuar adelante con el mismo.

Además, en caso de conflicto de voluntades entre quien ejerce la representación legal y la menor embarazada, posicionándose el primero a favor de la interrupción del embarazo y en cambio, manifestando la menor de edad su voluntad de no abortar, se priorizaba la voluntad de la menor con capacidad natural. Lo mismo sucede en caso de controversia en sentido opuesto, esto es, en el supuesto de que la menor de edad con madurez suficiente sea quien desee la interrupción voluntaria del embarazo y los representantes legales no lo acepten. En este supuesto se priorizaba la decisión de la menor con madurez⁴⁷⁹ puesto que no se le puede negar el derecho a interrumpir el embarazo si el profesional evalúa que la menor es madura. Efectivamente, la menor de edad madura tiene capacidad suficiente para consentir la práctica del aborto y en este sentido, dicho consentimiento se consideraba válido. De manera que las disposiciones reconocidas en la LOSSRIVE se era respetuosa con la autonomía de la voluntad de la persona puesto que la tendencia de la LOSSRIVE era la de continuar con la línea marcada en la LAP, es decir, seguía la línea marcada por la teoría del menor maduro.

⁴⁷⁹ En caso conflicto insalvable, entendiéndose como tal, la posibilidad de que el facultativo no determine si la menor posee la capacidad suficiente para decidir, o incluso, en el supuesto de que la persona menor de edad no sea madura y las opiniones sean contrapuestas entre la embarazada y los representantes legales, le corresponde a la autoridad judicial ponderar valorando el interés superior de la menor en atención a las circunstancias del caso concreto.

En síntesis, en lo que respecta a la capacidad para consentir la interrupción voluntaria del embarazo, se reconocía con base en la anterior redacción, que las mujeres de 16 y 17 años, podían libremente decidir el acceso a la prestación sanitaria. De acuerdo con este enfoque, las disposiciones reconocidas sobre la materia por la legislación civil, la normativa sanitaria y la ley específica que regula la interrupción del embarazo, comparten el criterio, bien de forma directa o indirecta, de que el derecho analizado es personalísimo, por lo tanto la menor con suficiente capacidad de decidir, podía hacerlo de forma autónoma, sin necesidad de autorización de los representantes legales.

En la actualidad, la línea marcada por la LOSSRIVE es la misma que la regulada en la LAP, no obstante, las modificaciones que introduce la aprobación de la nueva norma son las siguientes; En primer lugar, la norma reconoce que a partir de los dieciséis años edad, la menor tiene capacidad legal para decidir sobre la interrupción del embarazo. Igualmente, la menor emancipada tiene reconocida la misma capacidad legal. Ambos supuestos se interpretan de este modo salvo que se demuestre que el niña no es madura. Ahora bien, a lo indicado hay que añadir que cuando según el criterio del facultativo se considere que la prestación es una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento lo presta el representante legal de la menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión de ésta. Por lo tanto, en este supuesto, la capacidad legal reconocida al niña es relativa. En segundo lugar, cuando la persona tenga una edad inferior a los dieciséis años de edad se debe evaluar la madurez. En este punto, si se confirma que la menor tiene madurez suficiente para decidir por sí misma tiene reconocido, pues, el derecho a prestar el consentimiento informado de forma autónoma.

2.2 La menor de edad madura

El tenor de la nueva norma dice que los supuestos en los que se considera que la menor no es madura son dos; En primer lugar, cuando la menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención con independencia de la edad. En segundo lugar, a partir de los dieciséis años cuando según el criterio del facultativo se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud.

En estos casos, si la menor de edad no es madura, es necesario prestar el consentimiento informado en representación y siempre a favor de su mejor interés, en defensa de la vida y la protección de la salud, tras haber escuchado los deseos y la opinión en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal. De acuerdo con la la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, que ha sido aprobada recientemente, se puede afirmar que lo relevante en este punto es la estabilidad en la decisión que se adopte. Por lo tanto, es importante tomar una decisión estable a la hora de conciliar la opinión de la embarazada con el interés superior de ésta, tanto si se interrumpe como si se continua el embarazo.

A quien corresponde determinar la madurez y la gravedad de la actuación, es el profesional de salud en el supuesto específico. En la toma de decisión hay que aplicar el art. 9.3 de la LAP, según el cual, intervienen los representantes legales y en caso de controversia entre las partes, la situación será resuelta por autoridad judicial en consonancia con lo dispuesto en el art. 156 del CC y el 9.6 de la LAP.

3. TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES

El supuesto planteado a continuación es de nuevo la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, el objetivo no es examinar el ejercicio del consentimiento a la prestación sanitaria en sí porque este supuesto se ha abordado en el epígrafe anterior. En lo que sigue se examina, pues, las cuestiones referentes al derecho fundamental a la intimidad de la menor de edad ante la práctica de la interrupción del embarazo.

El derecho a la intimidad está reconocido en el art. 18 CE junto con el derecho al honor y a la propia imagen, aunque en realidad, se trata derechos autónomos⁴⁸⁰. Estos derechos, están configurados en sí mismos como derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a proteger la dimensión moral de las personas⁴⁸¹. La intimidad, por su parte, tiene una proyección múltiple y por eso, presenta numerosas

⁴⁸⁰ MARTÍNEZ, Ricard., *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p.276

⁴⁸¹ STC, núm. 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2

manifestaciones⁴⁸². Sin embargo, en la línea de lo analizado hasta el momento y en adelante, únicamente se aborda la capacidad de la menor de edad para ejercerlo.

Tal y como indica Gómez⁴⁸³, el derecho a la intimidad proclamado en el art. 18.1 CE presenta una doble vertiente jurídica. Por un lado, la negativa y por otro la positiva. Según la citada autora, la primera de estas vertientes permite excluir del conocimiento de terceros ciertos datos que son considerados como información personal. En este caso, se trata de la información de los datos relativos a la salud⁴⁸⁴. Esto implica, por lo tanto, la existencia de un ámbito reservado del paciente frente a los demás. En palabras del TC, el derecho a la intimidad del “art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”⁴⁸⁵. De ahí que “la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en un previsión legal que tenga justificación y que sea proporcionada”⁴⁸⁶. Igualmente, el TC es muy explícito al afirmar que a cada persona le corresponde acotar el ámbito de intimidad personal que reserva al conocimiento ajeno, así pues, no se considera una intromisión cuando “exista un consentimiento eficaz que lo autorice”⁴⁸⁷.

⁴⁸² Respecto a las facetas de la naturaleza jurídica del derecho a la intimidad, véase, REBOLLO, Lucrecio., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp.76 y ss.

⁴⁸³ GÓMEZ, María del Carmen., *La protección penal de los datos sanitarios. Especial referencia al secreto profesional médico.*, Comares, Granada, 2007, pp. 21 y ss.

⁴⁸⁴ IBIDEM

⁴⁸⁵ SSTC, núm. 73/19982, de 2 de diciembre, FJ 5., núm. 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3., núm. 89/1987, de 3 de junio, FJ 3., núm. 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3., núm. 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3., núm. 114/1999, de 22 de julio., FJ 2., núm. 115/2000, de 10 de mayo., FJ 4., núm. 196/2004, de 15 de noviembre., FJ 2., núm. 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5., núm. 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2

⁴⁸⁶ SSTC, núm. 44/1999, de 5 de abril, FJ 4., núm. 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, núm. 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16., núm. 70/2002, de 3 de abril, FJ 10., núm. 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2., núm. 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2

⁴⁸⁷ SSTC, núm. 83/2002, de 22 de abril, FJ 5., núm. 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2., núm. 70/2009, de 23 de marzo, FJ 8

Sin embargo, añade la misma autora, que la vertiente positiva confiere al paciente un derecho de control sobre los datos relativos de la salud que ya son conocidos⁴⁸⁸. Esta vertiente, en palabras del TC, “garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”⁴⁸⁹.

Así entendido, es evidente que los datos personales concernientes a la salud afectan a la esfera más íntima del individuo porque proporcionan una información privada⁴⁹⁰.

Seguidamente, cabe anotar en la línea de lo apuntado por Murillo que la intimidad presenta además otra dimensión independiente y diferente a las que se acaba de hacer referencia⁴⁹¹. Esta vertiente está garantizada mediante el art. 18.4 de la CE y es lo que la doctrina ha denominado como derecho a la autodeterminación informativa⁴⁹². Pues bien, según manifiesta el TC, el art. 18.4 CE contiene “un instituto de garantía del derecho a la intimidad (...) que además, en sí mismo es un derecho o libertad fundamental, (...) lo que se ha dado en llamar libertad informática”⁴⁹³. Así entendido, este derecho permite garantizar la protección de datos de carácter personal en lo relativo

⁴⁸⁸ GÓMEZ, María del Carmen., *La protección penal de los datos sanitarios. Especial referencia al secreto profesional médico.*, Comares, Granada, 2007, p.22

⁴⁸⁹ SSTC, núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 5., núm. 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5

⁴⁹⁰ GÓMEZ, María del Carmen., *La protección penal de los datos sanitarios. Especial referencia al secreto profesional médico.*, cit., p.35

⁴⁹¹ MURILLO, Pablo de Lucas., “Las principales características del régimen jurídico de la protección de datos en España” en MURILLO, Pablo Lucas y José Luis PIÑAR., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 26 y ss.

⁴⁹² BASTIDA, Francisco José., “Derecho a la intimidad y a la protección de datos. La autodeterminación informativa al paciente” en XÍOL, Juan Antonio y Francisco José BASTIDA., *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, p.290., MARTÍNEZ, Ricard., *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp.237 y ss.

⁴⁹³ STC, núm. 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5

al uso y destino. Esto es así a través de la facultad de consentir la recogida, obtención y el acceso para su posterior almacenamiento y tratamiento⁴⁹⁴.

El propio TC ha matizado que la diferencia entre estas manifestaciones es la función que cumple cada derecho. Es decir, por un lado, “la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es el de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad”⁴⁹⁵. Por otro lado, “el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado (...) De este modo el objeto de la protección del derecho fundamental (...) no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona sino a cualquier tipo de dato personal, sea íntimo o privado cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual”⁴⁹⁶. De ello se desprende tal y como afirma Martínez que, “el bien jurídico protegido por el derecho a la vida privada no es otro que la información personal, es más, cualquier tipo de información personal susceptible de revelar aspectos privados del individuo”⁴⁹⁷.

Así pues, partiendo de cuanto ha quedado expuesto, como señala Troncoso⁴⁹⁸, es necesario distinguir el derecho a la información asistencial del paciente reconocido en el art. 4 LAP, del derecho a la información relativa a la recogida de los datos sanitarios

⁴⁹⁴ MURILLO, Pablo Lucas., “Las principales características del régimen jurídico de la protección de datos en España” en MURILLO, Pablo Lucas y José Luis PIÑAR., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 26 y ss.

⁴⁹⁵ STC, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6

⁴⁹⁶ STC, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6

⁴⁹⁷ MARTÍNEZ, Ricard., *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p.47

⁴⁹⁸ TRONCOSO, Antonio., *La protección de datos personales. En busca del equilibrio.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.1152

personales reconocido en el art. 5 de la Ley Orgánica 15/ 1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter personal (en adelante LOPD).

A este respecto, cabe anotar que el inciso primero del art. 4 de la LAP proclama que en cualquier caso, “los pacientes tiene derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma”. Y el inciso primero del art. 5 añade “el titular del derecho a la información es el paciente”. No obstante, el legislador reconoce en el inciso primero del art 5 de la LOPD que “los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados”.

El primero, hace referencia al derecho a la información que ha sido analizado en el capítulo tercero. Esta información debe ser transmitida al paciente para el ejercicio de consentimiento informado ante la actuación sanitaria porque posibilita la libre decisión. Por tanto, este precepto trata los datos sanitarios correspondientes a una actuación. En cambio el segundo, hace referencia al contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales. Es decir, a la información sobre el tratamiento de los datos sanitarios individuales que además van a estar contenidos en la historia clínica. Por consiguiente, esta disposición se refiere los datos sobre la salud en general y a los datos anotados por el profesional en la historia clínica del paciente en particular.

Por ello, de acuerdo con lo anterior, en lo que se sigue, se tiene en cuenta ambos casos. En primer lugar, se examina el derecho a la intimidad y la confidencialidad del menor frente al derecho de los representantes legales a la información asistencial en el ejercicio de la prestación sanitaria apuntada, es decir, en la interrupción voluntaria del embarazo. En segundo lugar, se aborda el derecho a la intimidad y la confidencialidad del menor de edad en lo relativo a la protección de los datos sobre la salud, desde la perspectiva de la posibilidad de intervención de los representantes legales en esta materia.

Se parte de la premisa de que la menor de edad es titular del derecho fundamental a la intimidad y como viene afirmándose hasta el momento, el ejercicio del mencionado derecho va a depender de la capacidad natural del niña en el supuesto concreto. En realidad, se trata por lo tanto, de determinar el ejercicio del derecho a la intimidad de la

menor de edad en el ámbito del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y en sentido contrario, de concretar las situaciones en las que los representantes legales del niño intervienen en esta materia en aras de velar por sus intereses.

3.1 La menor de edad madura

A la hora de abordar la capacidad de la menor para el ejercicio del derecho a la intimidad hay que indicar, como así lo hace De Lama⁴⁹⁹, que cuando la menor de edad tiene madurez suficiente para consentir por sí mismo los tratamientos e intervenciones, su situación médica puede quedar, si lo desea, en el ámbito de su vida privada. No obstante lo anterior, cuando la menor de edad no tiene madurez suficiente, los representantes legales deben ser informados para prestar el consentimiento informado. Así pues, en el presente supuesto cabe anotar, como ha hecho Romeo⁵⁰⁰, que con base en el planteamiento presentado pueden plantearse tres escenarios jurídicos posibles.

El primero, implica reconocer plenamente el derecho de autodeterminación de la menor de edad, de tal modo que los profesionales sanitarios deben cumplir estrictamente el deber de confidencialidad y respetar la voluntad de la menor de edad, siempre que esta tenga suficiente capacidad de juicio, sin que pueda requerirse la intervención de los representantes legales de la misma sin su autorización expresa.

El segundo, según el citado autor, implica relajar hasta un cierto punto el deber de confidencialidad, de tal modo que los profesionales sanitarios estén capacitados para informar a los representantes legales de las pacientes menores de edad sobre cuestiones relativas a la sexualidad y la reproducción, sin perjuicio de que, en última instancia, sea la menor de edad la que debe consentir el acto médico de que se trate.

⁴⁹⁹ DE LAMA, Alejandra., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p.201

⁵⁰⁰ ROMEO, Sergio., “Minoría de edad y aborto: algunas consideraciones sobre consentimiento y confidencialidad” en ADROHER, Salomé (ed.), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p.511

El tercero, implica restringir la capacidad de autodeterminación de las menores de edad en este mismo ámbito hasta el punto de que las decisiones que daban adoptarse al respecto tengan que ser autorizadas por los representantes legales de las mismas, en cuyo caso, los profesionales sanitarios estarían obligados a informar a aquellos del devenir de la asistencia médica. Por lo tanto sin posibilidad de decisión de la menor.

En lo que respecta al marco de la relación clínica, como se ha indicado en repetidas ocasiones, la anterior regulación en esta materia reconocía las siguientes posibilidades; Tanto las menores emancipadas como las mayores de dieciséis años tenían reconocida una capacidad natural para adoptar decisiones autónomas, incluida la prestación sanitaria indicada, es decir, la interrupción voluntaria del embarazo. Asimismo, entre los doce y los dieciséis años, le correspondía al profesional de la salud atender a las condiciones de madurez de la persona y por tanto, a la capacidad natural para comprender el acto y las consecuencias concretas de la decisión a adoptar, tanto si se decidía interrumpir el embarazo, como si decidía continuar adelante con el mismo. Esto era así porque como indica Garnica⁵⁰¹ y de conformidad con lo argumentado en estas líneas, los actos personalísimos están ligados íntimamente a la persona, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad y por ello, tiene un régimen particular de capacidad de obrar. Así pues, dependen de la capacidad natural y no del estado civil.

Ahora bien, con la reforma introducida por la nueva norma, la situación es la siguiente; En primer lugar, la norma reconoce que a partir de los dieciséis años edad, la menor tiene capacidad legal para tomar decisiones por sí mismo en este área. Igualmente, la menor emancipada tiene reconocida la misma capacidad legal. Ambos supuestos se interpretan de este modo salvo que se demuestre que la niña no es madura. En segundo lugar, cabe anotar que del tenor literal de nueva redacción de la disposición se desprende que, cuando la persona tenga una edad inferior a los dieciséis años de edad se debe evaluar la madurez. En este punto, si se confirma que la menor de edad tiene

⁵⁰¹ GARCÍA, María 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*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p.186

madurez suficiente para decidir por sí mismo el acto concreto tiene reconocido, pues, el derecho a prestar el consentimiento informado forma autónoma.

Introducidas estas premisas previas, cabe recordar que cuando una persona tiene capacidad natural para prestar el consentimiento informado, con base en el art. 4 de la LAP, tiene derecho a conocer la información asistencial sobre la actuación.

En esta línea, el inciso primero del art. 5 de la LAP dice “el titular del derecho de la información es el paciente”. No obstante lo anterior, el inciso final de la disposición afirma, “También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”.

Así pues, si la menor de edad presenta suficiente madurez para decidir por sí misma de forma autónoma, puede oponerse a la transmisión de su información asistencial a los representantes legales dado que en este caso, la menor de edad es la paciente y por consiguiente, es la titular única de la información sobre los datos relativos a su salud.

Al entender de estas líneas, la menor madura es titular única del derecho a la intimidad y del derecho a la información y puede ejercer estos derechos con todas las garantías. Esto significa que el profesional debe respetar la confidencialidad con la paciente y en consecuencia, debe guardar secreto para el ejercicio de una buena praxis.

Ahora bien, atendida la norma general, cabe anotar sin embargo que en la prestación sanitaria indicada, el art. 13.3 LOSSRIVE dice “al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer”. Entorno a esta cuestión cabe traer a colación lo dispuesto en el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante RD 825/2010). En esta norma el legislador proclama en el art. 8.1 que “la mujer de 16 ó 17 años prestará su consentimiento acompañado de un documento que acredite el cumplimiento del requisito de información previsto en apartado cuarto del art 13 de la Ley Orgánica

2/2010, de 3 de marzo. El documento será entregado personalmente por la mujer acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro (...).”

Al respecto, frente al planteamiento indicado y en observancia de la norma específica, el art. 13.4 LOSSRIVE establece una excepción al afirmar que la información no será transmitida “cuando la menor alegue fundamentalmente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”. Ante esta circunstancia, el inciso final del art. 8.2 RD 825/2010, constata “el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social”.

Así pues, se puede concluir que de los tres supuestos planteados en esta materia, en atención al derecho a la intimidad de la menor de edad, se ha considerado que, la alternativa más apropiada, por ser la más respetuosa y ajustada con las directrices indicadas por la norma y la jurisprudencia constitucional, es la primer escenario indicado supra por la doctrina⁵⁰². En realidad, reconocer plenamente el derecho de autodeterminación de la menor de edad, de tal modo que los profesionales sanitarios deben cumplir estrictamente el deber de confidencialidad y respetar la voluntad de la niña, siempre que esta tenga suficiente capacidad de juicio, sin que pueda requerirse la intervención de los representantes legales de la misma sin su autorización expresa.

Esta situación, es diferente en lo que respecta al tratamiento de los datos de carácter personal. Ahora bien, es de advertir que la legislación de esta materia en general y el supuesto planteado en particular, está regulado en una normativa muy dispersa.

⁵⁰² ROMEO, Sergio. “Minoría de edad y aborto: consideraciones sobre consentimiento y confidencialidad” en ADROHER, Salomé (ed.), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p.511

En efecto, el legislador reconoce en el inciso primero del art 5 de la LOPD que “los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados”. Y esta disposición, debe interpretarse junto con el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (en adelante RLOPD).

El art 13.1 RLOPD dice “podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento salvo en aquellos casos en los que la ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”.

De manera que con carácter general, el consentimiento para el tratamiento de los datos personales debe ser emitido por el titular del derecho a partir de los catorce años y si la persona tiene una edad inferior a ésta, será emitido por los representantes legales. No obstante lo anterior, el art. 13.1 RLOPD señala “ salvo en aquellos casos en los que la ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela”.

A partir de esta previsión legal, la norma hace una remisión a lo previsto en la LAP. Esto significa, en consonancia con la legislación civil, que con carácter general, la persona que según el profesional de la salud posea capacidad intelectual y emocional, es decir, capacidad natural, es considerada como menor madura y por ello puede consentir por sí misma. En cambio, la menor no madura consiente a través de representación⁵⁰³.

Lo apuntado en la LAP, ha sido indicado en un sentido similar en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante LOPDH).

⁵⁰³ En lo que respecta a las disposiciones del Código Civil, se presenta en conformidad con los arts. 154 y 162 del Código Civil que han sido abordados en el capítulo segundo. En lo que respecta a LAP, está en conformidad con el art. 9.3 c) abordado en el capítulo tercero de esta tesis.

En lo que respecta al menor de edad, el art 3 LOPDH proclama que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. 2. En los restantes casos el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal (...)”.

Además, en este punto, el inciso primero del art. 7 de la LAP dice “Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley”.

Asimismo, el art 16.6 de la misma norma dice “el personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto”.

Es cierto que en lo que respecta a la intimidad y la confidencialidad, la LAP no hace distinción entre mayoría y minoría de edad. Por ello, según Troncoso, si la Ley hubiese querido excluir al menor de edad lo hubiese hecho expresamente⁵⁰⁴.

Sin embargo, la edad y la capacidad para prestar el consentimiento informado en esta área es diferente a la indicada por la normativa general sobre la protección de datos personales en lo que respecta a los menores de edad ya que como se ha apuntado, es a partir de los dieciséis cuando el menor puede decidir de forma autónoma. En cambio, en el resto de casos, el profesional debe atender la capacidad natural de la persona.

Pues bien, sobre esta cuestión se ha pronunciado la Agencia Española de Protección de Datos en el informe 409/2004 en cuanto a la posibilidad de acceso a la información contenida en la historia clínica de los menores de edad por lo representantes legales.

De lo puesto de manifiesto interesa mencionar cuatro anotaciones: “deben, a nuestro juicio, diferenciarse dos supuestos básicos, el primero referido a los mayores de 14

⁵⁰⁴ TRONCOSO, Antonio., *La protección de datos personales. En busca del equilibrio.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.1231

años, a los que la Ley atribuye capacidad para la realización de determinados negocios jurídicos, y el segundo, a los menores de dicha edad”.

En este sentido recuerda que “A tenor de las normas referidas, cabe considerar que los mayores de 14 años disponen de condiciones de madurez precisas para ejercitar, por sí mismos, el derecho de acceso a sus datos de carácter personal, sin que pueda admitirse la existencia de una representación legal del titular de la patria potestad, dado que precisamente son actos que se encuentran excluidos de la mencionada representación por el tan citado artículo 162.1 del Código Civil”.

Añade que “si el padre o madre de un mayor de catorce años acude a un centro sanitario solicitando un informe de analítica o cualquier dato incorporado a la historia clínica de su hijo, sin constar autorización alguna de éste, no sería aplicable lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley 41/2002, por lo que no debería procederse a la entrega de la información en tanto no conste la autorización fehaciente del hijo. Por supuesto, salvo en los supuestos en que el hijo haya sido previamente sujeto a incapacitación”.

Así, “los restantes menores de edad, no puede ofrecerse una solución claramente favorable a la posibilidad de que por los mismos pueda prestarse el consentimiento al tratamiento, por lo que la referencia deberá buscarse en el artículo 162 1º del Código Civil, tomando en cuenta, fundamentalmente, sus condiciones de madurez”.

Ahora bien, como ha indicado Andreu⁵⁰⁵, el hecho de que la menor tenga capacidad para ejercitar por sí sola los derechos de la personalidad no significa que de forma automática pueda desarrollar cualquier acto que implica el ejercicio de éstos. Así pues, hay que atender por un lado, la normativa correspondiente al caso concreto en cuanto al derecho a la intimidad, confidencialidad y la protección de datos de la menor y por otro, a los derechos-deberes de los representantes legales reconocidos legalmente.

⁵⁰⁵ ANDREU, María Belén., *La protección de datos personales de los menores de edad*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 67 y ss.

A partir de la interpretación de la diversidad de normas apuntadas se puede incidir que, en el supuesto de la interrupción voluntaria del embarazo, hay que atender además a las disposiciones específicas que regulan esta materia, esto es, la LAP y la LOSSRIVE.

Pues bien, de acuerdo con las disposiciones indicadas en este epígrafe se concluye que la menor no puede se oponer a la intervención de los representantes legales en cuanto al acceso a los datos personales recogidos en la historia clínica aún cuando tenga capacidad natural ya que, entorno a esta cuestión, la norma proclama la obligación de informar a uno de los representantes legales salvo en el supuesto excepcional anotado.

3.2 La menor de edad no madura

En el caso contrario, de acuerdo con lo dicho hasta ahora, cuando la menor no tiene madurez suficiente, deben ser informados los representantes legales para prestar el consentimiento en ambos supuestos planteados. Y como es evidente, este derecho de los padres será ejercido a través de su deber de velar por la menor de edad. La información de los datos sanitarios no le corresponde a la menor como titular, sino que serán transmitidos a los representantes legales con el objetivo de que éstos, de un modo informado, velen por sus intereses. Sin olvidar el derecho de la niña a prestar su opinión y ser escuchada en el caso concreto. De hecho, no tiene sentido mantener la confidencialidad de los datos sanitarios de los menores frente a los padres si estos últimos son los que tienen que decidir, en este sentido, como ha indicado la doctrina, la capacidad de exigir la confidencialidad no puede ser independiente de la posibilidad de prestar el consentimiento a un acto⁵⁰⁶. Así pues, el supuesto planteado entorno a la intimidad y la confidencialidad no presenta mayor problemática en el caso de la menor no madura, puesto que automáticamente, quien ejerce la representación de la niña es quien presta el consentimiento en función de la potestad-deber de velar por su interés.

⁵⁰⁶ TRONCOSO, Antonio., *La protección de datos personales. En busca del equilibrio.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 1232

4.TRANSFUSIONES DE SANGRE DE LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ

Existen diversos grupos de carácter religioso que rechazan determinados tratamientos sanitarios por razones de conciencia. Entre ellos, se pueden mencionar a modo ilustrativo, la confesión de los Amish, los Fundamentalistas Calvinistas, los Christian Science y los Testigos de Jehová. En España, los tribunales han tenido ocasión de conocer las objeciones de los Testigos de Jehová a tratamientos sanitarios.

Los Testigos de Jehová, como es sabido, pertenecen a una confesión religiosa que basa sus creencias en la Biblia. Este documento está considerado como fuente de referencia para los miembros de la confesión. Y en lo que respecta a los tratamientos sanitarios, las prácticas profesadas incluye la negativa a recibir hemotransfusiones⁵⁰⁷.

El rechazo a las transfusiones sanguíneas de los Testigos de Jehová se fundamenta en la interpretación de distintos pasajes contenidos en el Antiguo Testamento. Entre ellos, Levítico 17: 10, dice “si un israelita o un extranjero que habita entre vosotros como cualquier clase de sangre, yo me volveré contra él y lo extirparé de su pueblo”. Del mismo modo, de la interpretación estricta de Génesis 9: 3-4, que dice, “3. Todo lo que se mueve y tiene vida os será de alimento: todo os lo doy como os di la hierva verde. 4 Pero carne con su vida, es decir, con su carne, no comeréis”.

Pues bien, ante un supuesto de necesidad de transfusión sanguínea tienen la posibilidad de elección de otro tratamiento entre las distintas opciones terapéuticas disponibles. Ahora bien, la situación planteada es más compleja cuando médicamente se determina que la transfusión es la única alternativa sanitaria y su omisión conlleva un riesgo vital.

La jurisprudencia española se ha pronunciado en lo que respecta al paciente mayor de edad y si bien es cierto que las soluciones emitidas no han sido uniformes, tradicionalmente, se ha apreciado una protección del derecho a la vida sobre la libertad

⁵⁰⁷ MOORE, Maureen., “Their life is in the blood: Jehovah’s witnesses, blood transfusions and the courts”, *North Kentucky Law Review*, 1983, pp.280 y ss.

religiosa⁵⁰⁸. Sin embargo, en la actualidad, se ha observado un cambio en los pronunciamientos tendente al respeto de la autonomía de la voluntad del paciente⁵⁰⁹.

Así pues, la norma general indica que la persona tiene derecho a aceptar y a rechazar cualquier tratamiento sanitario y esto es así, siempre que el paciente ostente capacidad legal para decidir por sí mismo⁵¹⁰. Incluso, con independencia de que el tratamiento propuesto sea la única alternativa posible para tratar un diagnóstico.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe anotar que la prestación del consentimiento informado del paciente en el supuesto indicado implica el ejercicio del derecho fundamental a la vida, a la integridad personal y el derecho a la libertad religiosa.

En cuanto a los derechos involucrados, en lo relativo al derecho a la vida, cabe indicar que a pesar de que esté regulado junto con el derecho a la integridad personal se trata de dos derechos fundamentales autónomos en su ejercicio. Esto es así porque el elemento esencial del derecho a la integridad es el consentimiento⁵¹¹, no obstante, el consentimiento no puede encuadrarse en el ejercicio del derecho a la vida porque ésta, es un bien indisponible e intangible y en coherencia con ello, el objeto de protección del derecho fundamental no incluye en ningún caso la voluntad del sujeto⁵¹².

En palabras del TC, “la autonomía del paciente en cuanto facultad de decidir acerca de los tratamiento y actuaciones médicas que afecten a su propia vida, constituyen un

⁵⁰⁸ A modo ilustrativo, Auto del TC, núm. 369/1984, de 20 junio. (RTC 1984/369).

⁵⁰⁹ STS, núm. 1997/4987, de 27 de junio, FD 5. En palabras del tribunal, “El adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección”.

⁵¹⁰ Esto es así, siempre que el paciente no se ubique en el marco de los supuestos excepcionales comentados en el capítulo cuarto de esta tesis.

⁵¹¹ DÍEZ-PICAZO, Luis María., “Derecho a la vida y a la integridad física y moral”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 2002, pp. 2003 y ss.

⁵¹² CANOSA, Raúl., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp.100 y ss.

derecho de la persona estrechamente vinculado con los derechos a la integridad física y a la vida, estos mismos derechos marcan los límites a la autonomía del paciente que debe ayudar a interpretar el ejercicio del consentimiento informado (...) el derecho a la integridad física y moral, impida que pueda aplicarse a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad o sin contar con ella, salvo que esté justificado constitucionalmente; y de otra, no existe un derecho subjetivo a morir”⁵¹³. Y entorno a esta cuestión, el TC ha sido muy explícito al otorgar al derecho un contenido de protección positiva⁵¹⁴. Esto significa que existe una “imposibilidad de configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”⁵¹⁵. Ahora bien, “Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licet, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo”⁵¹⁶.

En líneas generales, esto significa que la aceptación de la propia muerte constituye un acto libre de la voluntad que la Ley no prohíbe. Y en sentido inverso, significa que la ley no puede obligar a nadie a permanecer con vida. De forma que el derecho a la vida contiene una vertiente objetiva, la cual supone la obligación estatal “de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también como última garantía, las normas penales”⁵¹⁷. Y a tales efectos, corresponde a los poderes públicos la competencia de adoptar medidas que consideren oportunas en coherencia con derechos reconocidos para garantizar la protección de la vida aún sin contar con el consentimiento del titular. Pues bien, anotado lo anterior cabe indicar que entorno a esta cuestión, el TS ha sido muy explícito con el paciente mayor de edad al afirmar que “el adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico

⁵¹³ STC, núm. 137/1990, de 19 de julio, FJ 4

⁵¹⁴ STC, núm. 53/1985, de 11 de abril, FJ 4

⁵¹⁵ STC, núm. 120/1990, de 27 de junio, FJ 7

⁵¹⁶ STC, núm. 137/1990, de 19 de julio, FJ 5

⁵¹⁷ STC, núm. 53/1985, de 11 de abril, FJ 7

debiéndose respetar su decisión, salvo que ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección”⁵¹⁸.

En el supuesto planteado está involucrado además, el derecho a la libertad ideológica y religiosa. La libertad, como es sabido, es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español⁵¹⁹. Este reconocimiento general se materializa en distintas libertades concretas, entre ellas, en la denominada por la doctrina como libertad de conciencia⁵²⁰. Así pues, la libertad de conciencia, como derecho subjetivo de la persona, consagra las convicciones personales tanto de carácter religioso como de carácter ideológico.⁵²¹

Este derecho tiene una doble dimensión, interna y externa. En palabras del TC “la libertad de conciencia supone no solamente el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también a obrar de manera conforme a los imperativos de la misma”⁵²². En este sentido, la dimensión interna garantiza “la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por lo tanto, un espacio de autodeterminación intelectual”⁵²³. Junto a esta, la libertad incluye una dimensión externa que “faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”⁵²⁴. Esto significa que la libertad reconoce el derecho “a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales”⁵²⁵.

⁵¹⁸ STS, núm. 1997/4987, de 27 de junio, FD 2

⁵¹⁹ Libertad proclamada en el art. 1 de la Constitución Española

⁵²⁰ LLAMAZARES, Dionisio., *Derecho de libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, Civitas, Madrid, 2002, p. 24

⁵²¹ Dice LLAMAZARES, Dionisio., que “la libertad ideológica y religiosa no son dos derechos ni dos libertades separables con regulaciones específicas diferentes” en *Derecho de libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, cit., p. 25

⁵²² STC, núm. 15/1982, de 23 de abril, FJ 6

⁵²³ SSTC, núm. 117/1996, de 11 de noviembre, FJ 9 y núm. 34/2011, de 28 de marzo, FJ 3

⁵²⁴ SSTC, núm. 117/1996, de 11 de noviembre, FJ 9., núm. 34/2011, de 28 de marzo, FJ 3

⁵²⁵ SSTC, núm. 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1., núm. 166/1996, de 28 de octubre, FJ 2

La libertades anotadas están constitucionalmente garantizadas sin más limitaciones que el mantenimiento del orden público protegido por la ley⁵²⁶ y el respeto del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales⁵²⁷. Así pues, en lo que respecta al derecho a la libertad de conciencia, al ser un derecho individual⁵²⁸, únicamente puede ser ejercido por el titular del mismo. En este sentido, el menor de edad, a través del progresivo desarrollo de su propia personalidad, opina y toma decisiones conforme a sus convicciones, con independencia de que éstas, a falta de madurez reconocida legalmente, tengan o no un carácter vinculante.

Hechas las consideraciones precedentes, es de advertir que la situación indicada varía de forma considerable cuando el paciente en vez de ser un adulto, es un menor de edad. Esto es así porque en el concreto marco sanitario, desde el punto de vista jurídico, para tomar decisiones es condición necesaria ostentar una capacidad de obrar reconocida.

En el supuesto indicado, el primero tiene capacidad para ejercer sus derechos por sí mismo y en cambio, el segundo, está sujeto a un desarrollo progresivo que implica en definitiva, que cuando no tiene capacidad natural para decidir, sus derechos son ejercidos por un tercero a favor de su interés superior, ahora bien, cuando tiene la capacidad suficiente para ejercer sus derechos, puede actuar y tomar las decisiones de forma autónoma bajo unos parámetros establecidos previamente en la norma.

De manera que, el análisis de contraposición en el caso del menor de edad no sólo valora la libertad de conciencia y el derecho a la vida e integridad personal, sino que también valora el derecho-deber a la educación y a velar por su mejor interés. Todo ello, sin olvidar el interés del Estado en la protección de los hijos. De manera que en

⁵²⁶ El art.3 LOLR perfila los elementos constitutivos del orden público, “la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública”, asimismo en la STC, núm. 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1

⁵²⁷ Reconocido en el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, así lo reconoce expresamente también, la STC, núm. 141/2000, de 29 de mayo, FJ 3

⁵²⁸ LLAMAZARES, Dionisio., *Derecho de libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, Civitas, Madrid, 2002, p. 24

cualquier situación en la que se determine que existe una desprotección hacia el niño, el Estado interviene a través de la autoridad judicial para velar por el menor.

El TS⁵²⁹ y con posterioridad el TC⁵³⁰, han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. En primer lugar, sobre la oposición de los representantes legales a la transfusión sanguínea de el menor de edad por motivos religiosos, y en segundo lugar, sobre la oposición de transfusión mencionada por el propio menor de edad. El caso resuelto merece especial atención teniendo en cuenta la afinidad que presenta con estas líneas. De este modo, de acuerdo con el pronunciamiento se puede determinar de forma adecuada el alcance y los límites de las decisiones de quien ejerce la representación legal y asimismo, la posibilidad de decisión del menor maduro.

El supuesto de hecho revela que un niño de trece años de edad, tras un accidente, es trasladado por los representantes legales a un centro hospitalario para que reciba asistencia sanitaria. Una vez examinado por los profesionales de la salud, se comunica a los progenitores la necesidad de transfusión sanguínea sin posibilidad de tratamiento alternativo. En este caso, los padres se oponen por motivos religiosos y solicitan el alta médica del menor. Sin embargo, los facultativos observan que la vida del paciente está en peligro, por ello, solicitan autorización judicial para realizar una transfusión considerada necesaria. Llegados a este punto, los padres acatan la autorización de intervención firmada por el juez pero el menor, rechaza el tratamiento con tal insistencia que los sanitarios desisten de realizarlo al considerar contraproducente la medida debido al estado de alteración que presenta el menor de edad al recibir la información. Más tarde, el personal sanitario solicita a los padres que traten de convencer a Marcos, a cuya petición se oponen con base en las propias creencias religiosas. Por todo ello, tras consulta con el juzgado de guardia se procede a la concesión de alta voluntaria.

Tras los presentes hechos, los padres insisten en procurar tratamiento alternativo en otros centros hospitalarios, rechazando siempre la posibilidad de transfusión sanguínea.

⁵²⁹ STS, núm. 141/2000, de 29 de mayo, FJ 3

⁵³⁰ STC, núm. 154/2002, de 18 de julio, FJ 3

En consecuencia, tras reiteradas negativas llevan al menor al domicilio familiar. Finalmente, el Juzgado de Instrucción autoriza la entrada al domicilio del menor debido al deterioro de su estado de salud con el objetivo de proporcionar protección al niño, a través de la asistencia médica que precisara, esto es, la transfusión sanguínea. No obstante, el menor fallece poco después de llegar al hospital, constando el relato de los hechos probados que, “si hubiera recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto y medio plazo una alta posibilidad de supervivencia”.

De acuerdo con lo descrito, el TS estima y resuelve en recurso de casación, calificando los hechos como delito de homicidio imprudente en comisión por omisión por no consentir la transfusión necesaria ni tratar de convencer al menor respecto a la misma.

La ponderación de derechos en conflicto se resuelve a favor del derecho a la vida del menor de edad. Así pues, el tribunal valora la existencia de un deber de responsabilidad nacido de la patria potestad, la cual supone un límite a la libertad religiosa. El derecho a la vida en este caso constituye un efectivo límite a la libertad religiosa. Ahora bien, como se ha apuntado, los padres interponen recurso de amparo ante el TC invocando, entre otros, lesión del derecho fundamental a la libertad religiosa.

En este caso, el dato relevante es que el pronunciamiento de comisión por omisión consistía, por parte de los padres, bien en disuadir al menor de la oposición al tratamiento vital, cuya medida es considerada contraria a las convicciones religiosas, bien en la autorización de la transfusión sanguínea rechazada por el menor en su momento, de nuevo, se trata de una actuación contraria a las creencias profesadas. Por lo tanto, en síntesis, los derechos confrontados ante el TC son, el derecho fundamental a la vida del menor y la libertad religiosa de los representantes legales.

La respuesta constitucional reconoce amparo a quien ejerce la patria potestad, al considerar vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa, con base en que, en todo momento, los progenitores procuran asistencia sanitaria al menor sin oponerse a la actuación de los poderes públicos con respecto a la autorización judicial de transfusión.

Se considera por lo tanto que la posición de garante de los padres no se extiende a las medidas disuasorias propuestas ante el rechazo expreso del menor al tratamiento.

Pues bien, en atención a las consideraciones precedentes, el pronunciamiento TC⁵³¹ valora cuatro cuestiones para determinar el alcance del consentimiento del menor.

En primer lugar, que en la consecución de los hechos, el menor de edad ejercita determinados derechos fundamentales de los que era titular. Entre ellos, el derecho a la libertad religiosa así como el derecho a la integridad personal.

En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés superior del menor, tutelado por los padres y en su caso, por los órganos judiciales.

En tercer lugar, el valor de que el ordenamiento jurídico reconoce a la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor. A este propósito, el TC recuerda que en su dimensión objetiva, es "un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional" y "supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible"

En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: "tal decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce a la pérdida de la vida".

Efectivamente, como se ha venido apuntando, el ordenamiento jurídico español reconoce la titularidad de los derechos fundamentales al menor de edad desde una perspectiva igualitaria con respecto al mayor de edad. Ahora bien, ser titular de un derecho no significa poder ejercer el mismo de forma autónoma. Así pues, en lo que sigue, de acuerdo con el objeto de estudio propuesto y en atención a los hechos puestos de manifiesto, se va a tratar de determinar los criterios considerados válidos, por la jurisprudencia y la normativa, que permiten determinar al titular competente de la emisión del consentimiento informado en el acto concreto.

⁵³¹ Estas cuatro consideraciones las pronuncia el TC en la sentencia núm. 154/2002, de 18 de julio, FJ 10

En cuanto al primer criterio, cabe recordar que el propio TC, ha reconocido que la incidencia del ejercicio de la patria potestad sobre el disfrute del menor de edad de sus derechos fundamentales, está modulada en función del grado de madurez del niño⁵³². Así, para que el menor ejerza determinados actos, es requisito indispensable el reconocimiento de una capacidad suficiente, puesto que en el ámbito de los derechos de la personalidad, no rigen las reglas generales de la capacidad de obrar⁵³³.

En este caso, se hace referencia a los criterios de madurez del menor, que deben ser determinados con base en las circunstancias de cada supuesto para saber si el consentimiento emitido es válido de acuerdo con su estado de juicio. En realidad, el criterio de la madurez otorga relevancia jurídica a la capacidad natural de obrar para dotar de eficacia a los actos del menor. Por consiguiente, el criterio de la madurez es variable en cada persona y para acto específico. Ahora bien, la sentencia a la que se ha hecho referencia trata la situación particular en la que el menor reacciona en oposición a recibir una injerencia ajena por motivos religiosos y consecuentemente, rechaza un tratamiento considerado vital. En este punto, el TC declara que en cualquier caso, “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.”. De acuerdo con ello, ni se niega, ni se afirma la capacidad suficiente del menor para decidir de forma autónoma. No obstante, en contraposición, el tribunal afirma que “el menor expresó con claridad, en el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico”. Y en el sentido expuesto añade “cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal –como

⁵³² SSTC, núm. 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5., núm. 154/2002, de 18 de julio, FJ 10

⁵³³ SANTOS, María 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, p.64

distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art.15 CE)”⁵³⁴.

Al hilo de las consideraciones expuestas, la situación presenta dos posibilidades. Por un lado, que el menor de edad tenga la capacidad natural para consentir o rechazar el tratamiento, lo cual, en el supuesto no queda determinado con certeza. Por otro lado, que el menor de edad no posea capacidad natural suficiente para actuar de forma autónoma y en su interés, actúe quien ejerce la representación legal.

4.1 El menor de edad maduro

La educación tiene una incidencia directa en la formación de la conciencia del menor porque influye de forma decisiva en el desarrollo de las convicciones personales y en consecuencia, llegado el caso, influye en la toma de postura ante un tratamiento⁵³⁵. En este sentido indica Bercovitz⁵³⁶ que “los padres que hayan adoctrinado debidamente a sus hijos en creencias religiosas contrarias a la protección de la vida y la salud, como es el caso, tienen la garantía de que las mismas predominarán en la voluntad del menor. Ello conduce a colocar su vida a merced de las creencias religiosas de los padres”.

Es cierto que los padres, como responsables de la educación de los hijos, tienen derecho a elegir una formación religiosa y moral que sea conforme a sus convicciones⁵³⁷. No obstante lo anterior, el ejercicio de este derecho está limitado, por un lado, por el deber de los padres de respetar y favorecer el libre desarrollo de la personalidad del hijo. Por otro, por el deber de los padres de actuar a favor del interés superior del niño.

⁵³⁴ STC, núm. 154/2002, de 18 de julio, FJ 9

⁵³⁵ ASENSIO, Miguel Ángel., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, p.74

⁵³⁶ BERCOVITZ, Rodrigo., “Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores”, *Aranzadi*, núm. 11, 2002, p.1987

⁵³⁷ Véase el art. 27.3 CE, el art 26 de la DUDH, el art. 13 de PIDESC y art. 18.4 del PIDCP. En este mismo sentido, SSTs, de 11 de febrero de 2009. FJ 2 y 3, de 14 de enero de 2010, FJ 3

En realidad, hay quien apunta que el derecho a la educación, no corresponde a los padres sino a los hijos, aunque lo ejercen hasta que éste es maduro⁵³⁸. Por ello, es importante tener en cuenta que los derechos-deberes indicados se ejercen cuando el menor no posee capacidad natural porque, cuando posee capacidad natural, tiene derecho a ejercer la libertad de conciencia y a su vez, el derecho a la educación⁵³⁹. Esto es así porque, en esta área, el reconocimiento de la capacidad natural implica la facultad de ejercer los derechos constitucionales de los que el menor es titular.

En lo que respecta al menor maduro, hay que tener en cuenta que, el hecho de que una decisión no sea comúnmente compartida, no puede ser considerada de inmadura⁵⁴⁰. Ahora bien, a este respecto hay quien ha indicado que no debe ser admisible la valoración de la suficiente madurez cuando las decisiones que se adopten supongan un riesgo para la salud y para la vida porque las consecuencias de la voluntad son extremas⁵⁴¹. Pues bien, la opción que en ningún caso es válida, es la intervención sanitaria practicada sin consentimiento⁵⁴², puesto que esta situación atenta contra la autonomía del paciente y puede ser considerada a su vez, como una intromisión a la integridad personal. En este sentido, no se admite la posibilidad de aplicar un

⁵³⁸ En este sentido, ASENSIO, Miguel Ángel., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, p.74., PUENTE, Verónica., *Minoría de edad, religión y derecho*, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, Madrid, 2001, pp. 274 y ss., ALÁEZ, Benito., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p.230

⁵³⁹ ASENSIO, Miguel Ángel., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, p.75., PUENTE, Verónica., *Minoría de edad, religión y derecho*, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, Madrid, 2001, p. 277

⁵⁴⁰ SANTOS, María José., “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p. 183

⁵⁴¹ VALERO, Ana., *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional.*, Universitat de València, Valencia, 2004, p.45

⁵⁴² BARREIRO, Agustín., “La relevancia jurídico penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, p.17., ROMEO, Carlos María., *El médico y el derecho penal I, La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, p.357., MORILLAS, Lorenzo., “Aspectos penales del consentimiento informado”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.793., GALÁN, Julio César., *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, p. 384

tratamiento sin autorización del paciente capaz, con independencia de que la no actuación produzca un resultado negativo. Del mismo modo, no se admite la intervención de los representantes cuando el paciente es maduro.

A lo anotado hay que añadir que los facultativos pueden llevar a cabo la intervención clínica a favor del menor de edad sin necesidad de contar con su consentimiento informado cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica. Esto es así con base en art. 9.2 de la LAP. Por lo tanto, ante estas circunstancias, los casos planteados de conflicto pueden resolverse a través e la actuación directa del profesional de la salud, sin necesidad de acudir a la vía judicial.

En un sentido similar al indicado en estas líneas, la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2012, de 3 de octubre, propone las siguientes pautas para la resolución de conflictos del menor maduro ante las transfusiones de sangre con riesgo vital.

En primer lugar la Circular mencionada es muy explícita al afirmar que “cuando el menor que deba considerarse maduro conforme a las previsiones de la anterior conclusión se niega a una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, si los representantes legales son favorables a que se realice la misma, por aplicación del artículo 9.3 c) de la LAP, podrá, sin necesidad de acudir al Juez, llevarse a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal”.

En segundo lugar dice que, “Cuando el menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión, el médico debe plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si ocurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y estado de necesidad”

Y por último, afirma lo siguiente, “Cuando el menor maduro presta su consentimiento a una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, y son los representantes legales los que se oponen, debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial”.

Anotado lo anterior, cabe apuntar que a día de hoy, con el objetivo de reforzar la protección jurídica del menor de edad, se ha aprobado la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, y con la reforma, se han introducido en la LAP los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante las transfusiones de sangre.

Además, entorno a esta cuestión, la nueva redacción del art. 9.3 de la LAP añade lo siguiente; “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 la 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”. Por lo tanto, en el caso del rechazo de la transfusión sanguínea con riesgo vital, el consentimiento no es prestado por el menor de edad, porque en este punto, la reconoce que el paciente tiene que ser mayor de edad para decidir. Por consiguiente, quienes prestan el consentimiento en el supuesto que aquí se describe son los representantes legales.

Asimismo, las pautas de procedimiento están reguladas en la nueva redacción del art. 9.6 de la LAP que dice “En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la

resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

Así pues, en atención al derecho positivo, teniendo en cuenta que la transfusión sanguínea es de urgencia vital, se entiende que la toma de decisión será adoptada en cualquier caso por los representantes legales del niño y ésta será tomada a favor de la vida, la protección de la salud y en aras de proteger su interés superior. Por consiguiente, se trata de un supuesto en el que de forma implícita se requiere la mayoría de edad para decidir de forma autónoma, con independencia de que en el caso concreto el niño sea maduro.

4.2 El menor de edad no maduro

Los representantes legales en ningún caso pueden tomar una decisión que afecte de forma negativa a un tercero a falta de capacidad natural de éste. Independientemente de que sea la misma decisión que adoptarían para sí mismos de estar en idéntica situación.

La decisión adoptada por los representantes legales debe ser emitida en función del deber de velar por el menor de edad y en este sentido, debe estar orientada a la consecución del interés superior del niño, a pesar de que esto no sea coincidente con las creencias profesadas. Por consiguiente, como se ha indicado en el capítulo primero, el interés del menor supone un límite y un principio orientador de actuación.

Así pues, cuando el menor de edad no es maduro para decidir de forma autónoma ante la situación planteada, deciden los representantes bajo unos criterios mínimos de actuación. Ahora bien, cuando una decisión adoptada produce un detrimento en la integridad personal o en la vida del menor de edad, es necesario que el profesional de la salud, a tenor del art. 158.4CC, solicite una autorización judicial en defensa del susodicho interés del niño. Esto así porque el interés del menor vincula en primer término a los representantes legales y a falta de observancia por parte de estos, vincula a la administración. Por ello, el juez puede y debe autorizar una transfusión forzosa a

favor del niño. En palabras del TC, “se trata libertades y derechos de unos y otros que deberán ser ponderados teniendo siempre presente el interés superior de los menores de edad”⁵⁴³. Ello sin olvidar que además, el art. 2.2a de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, proclama como criterio de interpretación y aplicación del interés superior del menor “La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor”.

La oposición al tratamiento sanitario por quien ejerce la representación legal puede desarrollarse de dos formas. En primer lugar, por falta de acuerdo entre estos a la hora de tomar la decisión, siendo uno tendente a aceptar el tratamiento y en cambio, el otro proclive. En segundo lugar, que la oposición sea de mutuo acuerdo, es decir, conjunta. Siendo así, de no existir posibilidad de tratamiento alternativo, le corresponde al profesional de la salud acudir a la autoridad judicial para que determine su mejor interés, que como se ha indicado, consistirá en la protección de la salud del niño y por ende, en este caso, en la autorización de la transfusión sanguínea necesaria.

Todo ello sin olvidar que, en el supuesto de riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del menor, el tenor legal del LAP afirma en el art. 9.2 que los facultativos pueden llevar a cabo la intervención clínica a favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su consentimiento informado. Ante estas circunstancias, los casos planteados de conflicto pueden resolverse a través e la actuación directa del profesional de la salud, sin necesidad de acudir a la vía judicial.

Entorno a esta cuestión, a pesar de que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos no ha tenido ocasión de pronunciarse directamente sobre la oposición de los Testigos de Jehová a la transfusiones sanguíneas por los representantes legales en representación del menor, cabe mencionar a modo ilustrativo el denominado “caso Hoffmann”⁵⁴⁴. En el cual, se pronuncia sobre una sentencia dictada en Austria, en un supuesto de divorcio en el que una parte es miembro de los Testigos de Jehová y la otra parte no. En este

⁵⁴³ STC, núm. 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5

⁵⁴⁴ STEDH, de 23 de junio de 1993, Caso Hoffmann c. Austria. El caso Hoffmann fundamenta su pronunciamiento en los arts. 8,9 y 14 del CEDH

caso, concede la guarda y custodia así como el derecho a la educación a quien no profesa la mencionada religión, fundamentando entre los motivos, las repercusiones negativas que estas creencias pueden suponer para los menores en caso de que en el futuro se diese una situación de necesidad de transfusión sanguínea puesto que, como es sabido, la comunidad religiosa no permite la práctica de las transfusiones y ello implica, en consecuencia, un manifiesto riesgo para la salud y para el interés superior del niño⁵⁴⁵.

En el caso presente, el Tribunal reconoce una diferencia de trato discriminatoria basada en la religión, por consiguiente, pronuncia una intromisión en el derecho a la libertad religiosa de quien pertenece a la comunidad de los Testigos de Jehová⁵⁴⁶. No obstante lo anterior, la cuestión que aquí interesa es la referente a que el interés de los hijos debe prevalecer en esta materia⁵⁴⁷. Evidentemente, en este caso, la doctrina mayoritaria comparte la postura de que en este caso, debe prevalecer el interés superior del menor y esta circunstancia, en el supuesto de la oposición al tratamiento por los Testigos de Jehová, supone la protección de la vida e integridad, así como en la protección de la salud del niño⁵⁴⁸. De manera que el interés del menor ante el rechazo de la transfusión sanguínea, actúa como límite de la actuación de los representantes legales.

Teniendo en cuenta lo apuntado cabe recordar que aunque el menor no tenga capacidad natural para adoptar decisiones, tiene derecho a participar en la adopción de éstas y asimismo tiene derecho a expresar su opinión al respecto. En consecuencia, deberá ser

⁵⁴⁵ Argumentación número 32 de la STEDH, de 23 de junio de 1993

⁵⁴⁶ Argumentación número 33 de la STEDH, de 23 de junio de 1993

⁵⁴⁷ Aunque el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos anula la decisión de las instancias inferiores en consideración del trato discriminatorio comentado, lo interesante en estas líneas es la confirmación de la primacía del interés superior del menor. Asimismo lo es la argumentación de los votos en contra.

⁵⁴⁸ BERCOVITZ, Rodrigo., "Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores", *Aranzadi*, núm. 11, 2002, p.1987., VALERO, Ana., *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional.*, Universitat de València, Valencia, 2004, pp.45 y ss., MORENO, María., *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad.*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007, p.103

informado sobre sus propias circunstancias para poder manifestar una postura. No obstante en este caso, si la opinión del menor es contraria a su interés superior, prevalece la protección del niño porque las opiniones no tienen autoridad.

Ahora bien, la situación es distinta cuando el rechazo a la transfusión sanguínea no conlleva un riesgo para la vida y para la protección de la salud del menor de edad. A diferencia de lo anotado en la situación inversa, los representantes legales pueden decidir la oposición a la transfusión de conformidad con sus convicciones cuando esta decisión no suponga ningún riesgo ni peligro para el niño. Teniendo en cuenta siempre los criterios mínimos indicados que deben orientar la toma de postura en este caso.

Así, en un sentido similar al indicado en estas líneas, la Fiscalía General del Estado, en la ya citada Circular 1/2012, de 3 de octubre, propone la siguiente resolución del conflicto; “cuando los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud habrá de plantearse el conflicto ante el juzgado de Guardia, bien directamente por el médico o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial. No obstante, ante situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o estado de necesidad justificante”. Y sentado lo cual añade, “En estos supuestos el dictamen del Fiscal debe partir de que puesto que los menores de edad, entendiéndose por tales los menores de dieciocho años, se encuentran en proceso de formación y no han alcanzado la plena capacidad, no puede darse la relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte o graves daños para la salud”.

Es importante mencionar, como se ha indicado en el epígrafe anterior, que con el objetivo de reforzar la protección del menor de edad, se ha incorporado en la LAP los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante las transfusiones de sangre. Esto es así desde la aprobación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

En la actualidad, el supuesto planteado queda resuelto desde la publicación de ambas. Así pues, en atención al tenor literal del art. 9.6 de la LAP que dice “en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o la salud del paciente, amparados por las causas de justificación del cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”. A este respecto, el inciso primero del art. 9.7 de la misma norma añade “La prestación del consentimiento informado por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal”

5.CIRCUNCISIÓN

La circuncisión es una medida sanitaria que ha sido planteada tanto por razones terapéuticas como no terapéuticas. La circuncisión terapéutica es se lleva a cabo a favor de la protección de la salud, por ello, en adelante se analiza la práctica no terapéutica, que con carácter general está jurídicamente anclada en creencias religiosas. Ahora bien, consideraciones jurídicas aparte, cabe anotar que ésta es una intervención ejercida en el cuerpo de los varones y más concretamente, en el de los varones menores de edad.

La circuncisión es una intervención común de la cultura judía, islámica, incluso de determinados pueblos de África y suele ser practicada al nacer y en la adolescencia. En definitiva, se trata de un procedimiento quirúrgico ejercido desde la antigüedad⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹ FÉLIX, María Ángeles., “El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las confesiones religiosas minoritarias” *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 16, 2000, pp. 190-192

Existen muchas formas de llevar a cabo la circuncisión masculina, aunque básicamente, consiste en la extirpación quirúrgica parcial o total del prepucio que recubre el pene.

Al ser una práctica no terapéutica, se ha convertido en una tradición controvertida que ha enfrentado opiniones de diversa índole en los distintos ordenamientos jurídicos porque se lleva a cabo sin indicación médica y asimismo, sin causa sanitaria.

En una sociedad multicultural, las opiniones sobre la circuncisión en menores de edad están divididas; mientras que una postura pone de manifiesto los beneficios que genera en la salud de la persona, otra postura evalúa los riesgos de la misma por tratarse una mutilación corporal irreversible y en este sentido es considerada perjudicial. En suma, ambas argumentan perspectivas diferentes con base en la evaluación de los distintos riesgos y los beneficios que produce la práctica de la circuncisión.

Hay que insistir en que la circuncisión es una intervención practicada mayoritariamente en personas menores y esto supone controversia en lo relativo a la compatibilidad e incompatibilidad con el orden público y derechos fundamentales del menor ya que se lleva a cabo sin su consentimiento⁵⁵⁰. Por ello, pueden constituir un límite a la libertad religiosa, porque produce modificaciones irreversibles y permanentes en el cuerpo.

Pues bien, teniendo en cuenta el objeto de análisis propuesto en este epígrafe, el dilema se plantea, como se ha venido haciendo hasta el momento, en examinar el alcance de la decisión de quien ejerce, en el supuesto concreto, la representación legal del menor, así como los límites presentes en la actuación de los representantes legales.

Desde la perspectiva del derecho comparado, distintas organizaciones, como la Organización Mundial de la salud (en adelante OMS) y la Academia Americana de

⁵⁵⁰ MORENO, María., *Proyección multicultural de la libertad religiosa del menor*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007, p.91

Pediatría (en adelante AAP), han realizado revisiones sistemáticas sobre la práctica de la circuncisión con la intención de esclarecer la conveniencia de la técnica.

Ensayos clínicos llevados a cabo por la OMS en África en 2007, quedan materializados en la publicación de un informe que afirma la conveniencia de la circuncisión masculina como método eficaz para reducir el riesgo de transmisión de VIH. Así pues, en el continente africano, resulta una medida terapéutica preventiva de infección porque es una forma de amortiguar los altos niveles de contagio de la enfermedad.

La AAP se ha posicionado igualmente a favor de la circuncisión. Recientemente, ha publicado una declaración política⁵⁵¹ y un informe técnico⁵⁵² sobre los beneficios que la circuncisión otorga a la salud. Si bien no recomienda la circuncisión neonatal como práctica rutinaria a todo menor, reconoce que las ventajas de la práctica son suficientes, incluso superiores que los riesgos. En este sentido, justifica los intereses de quien decide acceder a ella y propone además, que la práctica se incluya como prestación sanitaria financiada por el Gobierno Estadounidense.

A este respecto, Steven Svoboda y Van Howe⁵⁵³, han apuntado las carencias fundamentales que refleja el informe técnico publicado por la AAP, al omitir entre otros, aspectos sanitarios de relevancia como la función biológica del prepucio sobre el cuerpo humano, así como el daño que genera su extracción. En este sentido, apuntan la ilicitud del procedimiento en relación con los principios básicos de la bioética e igualmente, dentro del ámbito de los derechos humanos, la vulneración del derecho a la integridad corporal del niño con la mencionada práctica. Y, en palabras de los autores hay que tener en cuenta que, “Los profesionales de la salud no son agentes culturales.

⁵⁵¹ American Academy of Pediatrics Task Force on Circumcision., “Circumcision policy statment”, *Pediatrics*. 2012, pp.585-586

⁵⁵² American Academy of Pediatrics Task Force on Circumcision., “Circumcision policy statment”. cit., pp. 756-785

⁵⁵³ SVOBODA, Steven y Robert VAN-HOWE., “Out of step: fatal flaws in the latest APP policy report on neonatal circumcision”, *The Journal of Medical Ethics*, 2013, pp. 756 y ss.

Su negocio es salvaguardar la salud de los paciente, no promover prácticas que carecen de una base sólida en la medicina basada en evidencia y en la ética médica”.

La principal cuestión ética, para Hutson, consiste en que ninguna operación debe llevarse a cabo si no hay enfermedad. De acuerdo con ello, el problema de la circuncisión se materializa en la ausencia de necesidad de intervención en el cuerpo del menor. Afirma que, ningún tipo de complicación puede ser tolerada en estos casos, ya que, en cualquier caso, no puede justificarse una intervención cuando el riesgo del procedimiento no es equilibrado con el riesgo de la enfermedad⁵⁵⁴.

El citado autor, como cirujano, concluye afirmando que, si bien es cierto que la circuncisión ofrece algunos beneficios para la salud de los bebés, niños y hombres, no es menos cierto que los profesionales de la salud conocen que la circuncisión, médicamente, a pesar de ser una operación sencilla, sigue siendo peligrosa y conlleva riesgos potenciales para los pacientes. Por todo ello, a pesar de valorar sus beneficios, incide en que los riesgos son superiores.

En cambio, Dena⁵⁵⁵ ancla la no conveniencia de la práctica en los límites jurídicamente existentes en el ejercicio de la patria potestad. Evidentemente, reconoce que los adultos tienen libertad para diseñar e implementar sus propios proyectos de vida. Se trata de una libertad de formar y criar una familia de acuerdo a su propia concepción del bien. Sin embargo, según la citada autora, la libertad de quien ejerce la patria potestad debe ser limitada cuando entre en conflicto con la futura autonomía del menor una vez adquiera la madurez y por tanto sea autónomo para poner en práctica sus propios planes de vida, limitando dicha autonomía cuando se convierten en adultos. De acuerdo con lo indicado por Dena, cuando las decisiones de quien ejerce la patria potestad inciden sustancialmente y de manera irrevocable en el derecho del niño a un futuro abierto, se

⁵⁵⁴ HUTSON, John., “Circumcision: a surgeon’s perspective”, *Journal of Medical Ethics*, 2004, pp. 238-240

⁵⁵⁵ DENA, Davis., *Genetic dilemmas: reproductive technology, parental choices, and children’s futures*, 2º ed., Cambridge University Press, New York, 2010, pp.31-35

debe obligatoriamente intervenir para apoyar la futura capacidad del niño para tomar las propias decisiones.

En un sentido similar al puesto de manifiesto por la citada autora, se ha pronunciado recientemente un tribunal de Colonia, Alemania en la sentencia conocida como el “caso Landgericht”, el 26 de junio de 2012. El tribunal califica la circuncisión masculina en los menores de edad como delito penal, incluso si se realiza conforme a la *lex artis* y con el consentimiento de los padres, a menos que haya una indicación médica para el procedimiento. En palabras del tribunal, “la circuncisión de un niño incapaz de consentimiento a la operación no es conforme a los mejores intereses del niño ni desde la perspectiva de evitar una posible exclusión de su comunidad religiosa, ni a la luz de los derechos de los padres en la educación. Los derechos básicos de los padres en el arte. 4 y el arte. 6.2 de la ley orgánica están restringidos por los derechos básicos del niño a la integridad corporal y la autodeterminación”. De acuerdo con ello, el tribunal afirma, “El cuerpo de un niño queda modificado de forma permanente e irreparable por la circuncisión. Esta modificación es contraria al interés del chico, que debe decidir más tarde por sí mismo su pertenencia religiosa”. No obstante lo anterior, las reacciones que ha desatado la sentencia mencionada en la cultura judía, ha propiciado que posteriormente el parlamento alemán apruebe, en octubre de 2012, una ley en la que reconoce que la circuncisión practicada en menores de edad por motivos exclusivamente religiosos. Así pues, la considera lícita. En la actualidad, Alemania reconoce el derecho a la circuncisión masculina en menores.

En torno al pronunciamiento del tribunal alemán, interpreta Bijan Fateh⁵⁵⁶ que “Los padres que circuncidan a sus hijos siguiendo la tradición judía o musulmana no reclaman un privilegio legal o ajustes razonables de la norma, más bien, utilizan la patria potestad para el cuidado y la custodia del niño la libertad de religión garantizada por la ley general”. En este sentido, por lo tanto, “la justificación de la circuncisión masculina no queda anclada en una defensa cultural o religiosa, sino en la posibilidad de

⁵⁵⁶ BIJAN, Fateh., “Criminalizing male circumcision?. Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012”, *German Law Journal*, núm. 151, 2012, pp. 1131-1145

consentimiento parental de autorización de la praxis sanitaria”. Sin embargo, Schülenk⁵⁵⁷, declara que en cuestión de circuncisión, lo que prevalece es el bienestar de los niños. Así, la religión u otras convicciones culturales no deben entrar en la ecuación.

Ahora bien, en palabras de Darby⁵⁵⁸, el principio bioético del derecho del niño a un futuro abierto tiene dos vertientes y ambas son aplicables al supuesto en cuestión. Por un lado, restringe a los padres y por otro, les reconoce autoridad. Así, les limita de la posibilidad de disminuir las opciones futuras de los hijos, no obstante, les da la autoridad para poder impedir que sus hijos, imprudentemente, hagan lo mismo.

De acuerdo con lo apuntado, desde la perspectiva comparada se aprecian distintos enfoques en torno al alcance del consentimiento informado de quien ejerce la patria potestad del menor de edad, así como de los límites de dichas decisiones. En todo caso, como es bien sabido, la circuncisión implica el ejercicio de distintos derechos fundamentales, entre ellos, el derecho fundamental a la integridad física de la persona circuncidada, a la libertad de conciencia, a la intimidad y asimismo, el derecho a la autonomía personal de decidir de forma libre, consciente y voluntaria.

Dejando atrás las particularidades del tratamiento de la circuncisión en el derecho comparado y concretando el análisis en el ordenamiento jurídico español, conviene recordar que, en virtud del art. 16.1 CE, queda reconocida la libertad religiosa, ideológica y de culto sin más limitación que el orden público y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Ahora bien, como se ha indicado en el epígrafe anterior, los padres tienen derecho a que sus hijos reciban formación religiosa conforme a las propias convicciones⁵⁵⁹. Aunque

⁵⁵⁷ SCHÜKLENK, Udo., “Europe Debates Circumcision, but what about the Child’s best interests”, *Bioethics*, núm. 8, 2012, pp. 12 y ss.

⁵⁵⁸ DARBY, Robert, “The child’s right to an open future: is the principle applicable to non-therapeutic circumcision?” *The Journal of Medical Ethics*, 2013, p. 5

⁵⁵⁹ Véase el art. 27.3 de la Constitución Española

igualmente, reconoce el derecho del menor a la libertad de ideología, conciencia y religión y el derecho-deber de los progenitores a cooperar para que el menor pueda ejercer estos derechos de modo que contribuya a su desarrollo integral⁵⁶⁰.

En relación con ello, Moreno⁵⁶¹ declara que, la neutralidad religiosa es un deber del Estado, pero no de los padres, que están legitimados para inculcar al hijo sus convicciones religiosas y para iniciarle y formarle en sus ritos y ceremonias en el marco previsto en nuestro ordenamiento. Así, defiende que la decisión de los padres está amparada en un derecho propio, no de su hijo. Admite, por lo tanto, la licitud de la práctica religiosa con base en que la misma, no sólo no daña, sino que puede ser beneficiosa para la salud. De este modo, entiende que la decisión familiar de realizarla no es atentatoria de los derechos del menor por no perjudicar su interés.

A este respecto recuerda Aláez⁵⁶² que mientras el menor carezca de madurez suficiente para poseer una ideología y una conciencia religiosa propia, la potestad de representación de los padres ha de actuar como complemento para garantizar una libertad de formación de su conciencia e ideología que podría venir amenazada por la incidencia estatal. Así, el art. 27.3 CE no garantiza un derecho propio de los padres sobre la formación de las conciencias de sus hijos sino al contrario.

Efectivamente, el ámbito reconocido en cuestión de autonomía educativa en nuestro ordenamiento, contempla, el reconocido deber de cooperación en la educación del menor de los padres, no obstante, presenta como límite de ejercicio, el interés superior del menor y la garantía del desarrollo de la propia personalidad del niño.

Es de observar que el conflicto apuntado no ha sido objeto de resolución por el TC a día de hoy. No obstante, la jurisprudencia del propio tribunal ha ido perfilando en sus

⁵⁶⁰ Véase el art. 6 de la LO 1/1996

⁵⁶¹ MORENO, María., “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p. 112

⁵⁶² ALÁEZ, Benito., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p.230

pronunciamientos los límites a la libertad conciencia de quien ejerce la representación del menor. Así, el TC⁵⁶³ es muy explícito al afirmar, “frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal”. En el sentido indicado el TC afirma que en cualquier caso se trata de “Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad”.

5.1 El menor de edad maduro

En la mayoría de los supuestos en los que se practica la circuncisión, el menor de edad no va a poder ejercitar la autonomía de la voluntad, dado que la capacidad de obrar de los menores es limitada y en este supuesto, la práctica se lleva a cabo en personas que mayoritariamente están en el período pediátrico inicial. En este sentido, los que adoptan la decisión son los representantes legales. No obstante lo anterior, a pesar de que la circuncisión se lleve a término en niños de corta edad, cabe anotar que en los casos en los que el menor es maduro para prestar el consentimiento, puede ejercer el derecho a autorizar y a rechazar el acto sanitario de forma autónoma.

En el supuesto planteado en estas líneas se aplican, pues, las reglas básicas sobre la capacidad natural para autorizar o rechazar una intervención concreta. En este sentido el ejercicio del consentimiento queda concretado del siguiente modo. En lo que respecta al menor de edad emancipado y el mayor de dieciséis años de edad, como se ha venido apuntando, tienen capacidad legal para tomar decisiones sanitarias por sí mismo. En este supuesto, por lo tanto, no cabe la emisión del consentimiento informado a través del ejercicio de la representación legal. Ahora bien, el menor de dieciséis años, con

⁵⁶³ STC, núm. 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5

carácter general, necesita ejercer el consentimiento informado a través de los representantes legales. Sin embargo, se ha mencionado que este período de edad, con base en la madurez, existe la posibilidad de que el niño pueda decidir por sí mismo de forma autónoma. Por ello, la edad inferior a los dieciséis implica valorar la capacidad natural del niño específico. Así pues, se considera que el menor maduro puede tomar decisiones sanitarias por sí misma. Esto implica que la emisión del consentimiento informado le corresponde al menor sin intervención de los representantes legales.

En este punto, en consonancia con la postura adoptada en estas líneas, Santos indica que cuando el menor tenga suficiente madurez para tomar decisiones, la decisión que adopte debe ser respetada, del mismo modo que es respetada la decisión adoptada por un mayor de edad⁵⁶⁴. La citada autora critica que, en determinadas posturas subyace la idea según la cual, si el paciente menor de edad adopta una decisión perjudicial para su salud, lo hace porque no tiene suficiente capacidad para decidir el acto. No obstante, ha de tenerse en cuenta que, la adopción de una decisión imprudente o irracional no puede identificarse con la falta de capacidad para adoptar la misma⁵⁶⁵. En este sentido, nunca podría admitirse el rechazo al tratamiento y éste, constituye un derecho del paciente.

Ahora bien, entorno a esta cuestión cabe mencionar la reforma introducida por la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia* y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia*. Según la cual, el actual art. 9.4 inciso final dice “cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o la 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”. Por lo tanto, con carácter excepcional, el consentimiento será emitido en representación si el profesional de la salud considera que la circuncisión causa un perjuicio en la salud del menor de edad.

⁵⁶⁴ SANTOS, María 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. 85-86

⁵⁶⁵

El punto débil, por tanto, está en la evaluación de la madurez en el supuesto concreto. Así, cuando se considere, bien por el profesional de la salud, bien por la autoridad judicial, que el menor es maduro y entiende el acto sanitario y las consecuencias que acarrea, la decisión debe ser respetada en ejercicio de la autonomía personal, porque la voluntad será emitida de forma libre, consciente y voluntaria. En estas líneas, se comparte, pues, la opinión manifestada por Santos⁵⁶⁶. Por ello, cuando tenga la madurez para ejercer sus derechos, en atención al acto sanitario concreto, puede adoptar la decisión que considere coincidente con sus convicciones personales, siendo válida.

5.2 El menor de edad no maduro

La circuncisión no terapéutica practicada en el menor no maduro ha causado controversia. A nivel interno, la doctrina mayoritaria⁵⁶⁷ ha indicado que cabe calificar de ilícita la adopción de decisiones que pueden tener cierta transcendencia religiosa, como puede ser la de circuncidar a un niño u otros actos vinculantes, antes de que éste tenga un discernimiento mínimo para ser consciente de la actuación y de su alcance. En este sentido, en palabras de Rivero, es el menor quien debe decidir de forma personal, los representantes legales no deben adoptar ninguna decisión no terapéutica. Por ello, la autorización a la circuncisión debe ser autorizada por los representantes legales únicamente cuando se trate de una intervención necesaria para la salud del niño, es decir, en el supuesto de que se trate de una recomendación terapéutica.

En caso contrario, cuando el fundamento de la medida esté anclado en las convicciones personales de quien ejerce la representación legal, no debe ser practicada ya que se entiende que no se trata de una decisión adoptada en el mejor interés del niño. Siendo así, el profesional sanitario tiene la responsabilidad de poner en conocimiento de las circunstancias del caso a la autoridad judicial, para que ésta, decida con base en el mejor interés si el menor debe ser circuncidado o no en el supuesto concreto.

⁵⁶⁶ SANTOS, María José., “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TCS 154/2002 de 18 de julio”, *La Ley*, núm. 5675, 2002, p.12

⁵⁶⁷ RIVERO, Francisco., “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 268-269

La circuncisión sin recomendación terapéutica se concibe en estas líneas como una práctica que únicamente puede ser consentida personalmente cuando el propio individuo presente madurez y discernimiento. Es por ello que se comparte la postura indicada por la doctrina, considerando que lo más correcto es la no intervención de quien ejerce la representación legal del menor en materia de circuncisión.

En el ordenamiento jurídico español, la protección jurídica del menor de edad, como se ha indicado en el capítulo que precede, trata de conciliar dos conceptos de relevancia para estas líneas, estos son, autonomía y protección del niño. Ambos conceptos se complementan en las relaciones entre padres e hijos. Así pues, con base en la autonomía y la protección, el principio del interés superior del menor se aplica en todas las situaciones en las que se desarrolle un conflicto, dilema, controversia o decisión que concierna al estado de salud del niño. En este sentido, el principio del interés superior del menor cumple una doble función según las circunstancias en las que nos hallemos. Por un lado, sirve como guía y asimismo como orientación en la toma de las decisiones de los representantes legales a favor del niño. Por otro, sirve para limitar las funciones de quien ejerce la representación legal del menor en aras de su protección⁵⁶⁸.

Desde el ámbito de protección del menor de edad, se ha indicado que la decisión de los padres de circuncidar al hijo, en ningún caso está amparada en un derecho propio de los representantes legales⁵⁶⁹. En torno a esta cuestión, parece conveniente recordar que, se trata de un límite a la libertad de conciencia de quien ejerce la representación legal. Por ello, en este supuesto, el principio del interés superior del menor, actúa como límite de la actuación de quien ostenta la patria potestad, ya que la circuncisión está calificada de innecesaria salvo concreta indicación médica, y generalmente, es la tradición judía e islámica quien la adopta sin intervención no terapéutica porque es un rito identificativo.

⁵⁶⁸ MASON, Thaddeus., “The best Interest Standard: Both Guide and Limit to Medical Decision Making on Behalf of Incapacitated Patients”, *The Journal of Clinical Ethics*, núm. 2, 2011, p. 135

⁵⁶⁹ MORENO, María., “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p. 112

El problema surge por un lado, de la no necesidad de intervención y por otro, de la naturaleza de medida porque presenta efectos permanentes e irreversibles en el cuerpo. Igualmente, en la actualidad, no está demostrado que los beneficios de la misma sean superiores a los riesgos por lo tanto, médicamente, no es un terapia recomendable para ningún menor ni en la tradición estadounidense ni en la occidental europea. Por ello, de acuerdo con lo antedicho, se considera que la actuación de quien ejerce la representación, no justifica la circuncisión porque es una decisión desproporcionada. La no actuación de los representantes legales, en este caso, no es sinónimo de desprotección del menor, dado que la decisión se adopta con base en convicciones religiosas personales sin tratarse de intervenciones necesarias para la salud personal. En suma, la decisión de circuncidar al menor de forma previa a la adquisición de la autonomía suficiente para que decida por sí mismo, se presenta contraria a su interés superior y en este sentido, supone un límite al consentimiento de los padres.

Desde el ámbito del desarrollo de la autonomía del menor de edad, conviene recordar el reconocimiento de la capacidad limitada del niño que considera la capacidad del menor como variable y flexible en función del grado de desarrollo intelectual y volitivo. Por tanto, se reconoce un margen de libertad al menor con capacidad natural suficiente para decidir sobre su propio interés en el ámbito de los derechos de la personalidad. Es por ello que se defiende que el menor, convenientemente, pueda actuar o decidir por sí mismo en el futuro. Evitando una intromisión directa en el derecho fundamental a la integridad física y el derecho fundamental a la libertad ideológica o religiosa.

En realidad, resulta más acertada la omisión de actuación de los representantes legales, con la finalidad de velar por el menor, excluyendo en este supuesto la función representativa. En este sentido se considera que el límite queda determinado en el deber de respeto del desarrollo de la personalidad de los hijos. Lo conveniente es ser cautelosos en aras de fomentar el desarrollo de la personalidad del niño y de su autodeterminación consciente ya que en todo caso, lo apropiado es apostar por el ejercicio de la autonomía de la voluntad cuando presente capacidad de obrar suficiente para decidir por sí mismo sobre esta cuestión.

En la práctica de la circuncisión, al ser una actuación no terapéutica, debe primar la iniciativa personal propia porque evidentemente esta intervención no beneficia a la persona porque no es necesaria para la salud y no la adopta personalmente. Así, dada la naturaleza de la intervención, los motivos de la misma y derecho fundamental involucrado, se concluye que la decisión de circuncidar, únicamente puede ser tomada por el titular del derecho fundamentales involucrados con la práctica. En todo caso, la posible autorización pertenece a la esfera de la persona que autoriza o rechaza la intervención ya que afecta a la integridad personal y la libertad de conciencia. Lo recomendable es no optar por la circuncisión y esperar a que el menor tenga capacidad natural para tomar la decisión correspondiente de forma autónoma. En este supuesto, la actuación de los padres queda limitada a favor del niño. En consecuencia la facultad de representación de quien ejerce la patria potestad esta excluida.

6.INSTRUCCIONES PREVIAS

El documento de instrucciones previas es un instrumento jurídico que permite a la persona prestar la voluntad. Es un modo de transmitir el consentimiento informado en un momento previo, es decir, antes de que se plantee una situación determinada.

Este documento ha recibido numerosas denominaciones, entre ellas, el de voluntades anticipadas. Pues bien, es de advertir que la regulación normativa de este instrumento jurídico proviene de la aprobación del Convenio Europeo. En virtud del art. 9 se reconoce, “serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención medica por un paciente que en el momento de la intervención no se encuentre en situación de expresar su voluntad”.

Así pues, la incorporación del documento en nuestro ordenamiento jurídico es relativamente reciente y aquí adquiere interés porque hace referencia a una forma de manifestación de la autonomía de la voluntad que se materializa en un momento futuro. En coherencia con ello, dado que en estas líneas el objetivo de análisis es la autonomía de la voluntad sobre aspectos relacionados con la salud de la persona menor de edad, en lo que sigue, se analiza la posibilidad de emisión del consentimiento informado desde

una perspectiva diferente, es decir, hasta el momento se ha abordado ante una actuación presente, mientras que en este epígrafe se aborda ante una posible actuación futura.

El art. 11 de la LAP dice “Por el documento de instrucciones previas una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con el 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 de los órganos (...)”. Como cabe apreciar, la norma limita el acceso para a la hora de manifestar la voluntad anticipadamente a través del mencionado documento de instrucciones previas al requisito de la capacidad y en consecuencia, al criterio objetivo de la edad. En este sentido, las personas a las que se reconoce el derecho a manifestar su voluntad de forma válida a través de este medio es a los mayores de edad con capacidad de obrar.

A este respecto conviene recordar dos cuestiones en lo que respecta al menor de edad. En primer lugar, el reconocimiento progresivo de la capacidad de obrar del menor para el ejercicio de los derechos de la personalidad, cuando el mismo, ostente la suficiente capacidad natural para actuar de forma autónoma en el supuesto concreto⁵⁷⁰. En segundo lugar, el reconocimiento en el concreto ámbito sanitario de autonomía al mayor de dieciséis lo que implica que puede consentir y rechazar todo tratamientos⁵⁷¹.

La declaración que aparece recogida en las instrucciones previas supone una manifestación de la autonomía de la voluntad del paciente⁵⁷², es por ello que se puede afirmar que la exigencia de la mayoría de edad para otorgar el documento de voluntades anticipadas implica una negación de la autonomía del menor en este ámbito⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Véase el art. 162 del Código Civil

⁵⁷¹ Véase el art. 9.3 LAP

⁵⁷² DE MONTALVO, Federico., *Muerte digna y constitución. Los límites del testamento vital*, Comillas, Madrid, 2009, p.67

⁵⁷³ RODRÍGUEZ, José Ignacio., “La autonomía del menor: su capacidad para otorgar documento de instrucciones previas”, *La ley*, núm. 2, 2005, p. 85

Ciertamente, como apunta Domínguez⁵⁷⁴, en la medida en que art. 9.3 c) de la LAP, en sede de consentimiento por representación, reconoce a todo mayor de dieciséis el derecho a prestar su consentimiento informado por sí mismo y excluyendo en tal caso el consentimiento por representación, no hay razones para negar con carácter general y dentro de los parámetros que fija la ley, la posibilidad de que un menor de edad manifieste válidamente y por sí mismo sus propias instrucciones previas.

Por lo tanto, si bien es cierto que, el rango de edad más propenso a otorgar las instrucciones previas es la tercera edad en previsión de sufrir una demencia más o menor profunda⁵⁷⁵, no es menos cierto que en relación a lo antedicho, a pesar de que la norma determina a través del criterio de la edad que únicamente los mayores de edad pueden otorgar las voluntades anticipadas, los menores de edad con base en la capacidad natural pueden igualmente otorgar su voluntad a través del documento⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ DOMÍNGUEZ, Andrés., *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p.419

⁵⁷⁵ LÓPEZ, Cristina., *Testamento vital y voluntad del paciente*, Dykinson, Sevilla, 2003, p. 105

⁵⁷⁶ En este sentido, la ley autonómica valenciana, navarra, andaluza y aragonesa, reconocen al menor de edad la posibilidad de otorgar el documento de instrucciones previas. Así, en la Comunidad Valenciana el art 17.1 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana dice “El documento de voluntades anticipadas es el documento mediante el que una persona mayor de edad o menor emancipada, con capacidad legal suficiente y libremente, manifiesta las instrucciones que sobre las actuaciones médicas se deben tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que las circunstancias que concurran no le permitan expresar libremente su voluntad. En el mismo sentido, el artículo 9.1 de Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra dice expresamente, “El documento de voluntades anticipadas es aquel dirigido al Médico responsable, en el cual una persona mayor de edad o un menor al que se le reconoce capacidad conforme a la presente Ley Foral deja constancia de los deseos previamente expresados sobre las actuaciones médicas para cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad, por medio del consentimiento informado, y que deben ser tenidos en cuenta por el Médico responsable y por el equipo médico que le asista en tal situación”. Ahora bien, en Andalucía, la Ley 5/2003 de Declaración de Voluntad Vital Anticipada, menciona a este respecto la manifestación de voluntad “por una persona capaz”. Finalmente, en Aragón, la ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y

Las instrucciones previas se tratan desde la perspectiva de la capacidad, por ello, el interés de la aplicación de las mismas por personas menores de edad tiene su justificación en que el menor, a pesar de tener una capacidad de obrar limitada, en determinados casos, tiene capacidad natural suficiente para actuar de forma autónoma. De acuerdo con ello, se entiende que en principio, este modo de manifestar la voluntad personal es compatible y legítimo con las circunstancias personales del menor maduro.

La definición que aporta la norma sobre el documento de instrucciones previas indica que las mismas suponen una manifestación de la autonomía de la voluntad. De forma que dando por válida la posibilidad de que el menor otorgue el documento cabe determinar la función y el alcance del ejercicio del representante legal, ya que la persona asignada en las mismas, desempeña un papel fundamental y prioritario.

En cuanto a la designación del representante en el documento de las instrucciones previas, conviene recordar previamente que la figura ha sido introducida por la normativa estatal, no obstante, también ha sido objeto de regulación y desarrollo por la normativa autonómica, es por ello que la figura presenta un tratamiento no armonizado.

De acuerdo con lo indicado por Alventosa del Río⁵⁷⁷, de la legislación se desprenden dos funciones distintas otorgadas a la figura del representante. La primera función implica actuar como interlocutor del otorgante de las voluntades anticipadas con el médico o el equipo sanitario que lo atienda para procurar el cumplimiento de aquellas voluntades. La segunda supone sustituir el consentimiento del otorgante en los casos en que éste no pueda expresar por sí mismo su voluntad.

garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, reconoce “a los menores emancipados y a los menores aragoneses mayores de catorce años, con la debida asistencia, la posibilidad de otorgar documento de voluntades anticipadas”.

⁵⁷⁷ ALVENTOSA DEL RÍO, José Fina., “La declaración de voluntades anticipadas o instrucciones previas” en GÓNZALEZ, José Manuel y Fernando MÉNDEZ (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p.181

En atención a la normativa estatal, el inciso final del art 11.1 de la LAP declara que “El otorgante del documento puede designar, además de un representante para que llegado el caso sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”. Sin embargo, en la autonómica, la Ley 1/2003, de 28 de enero de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de Comunidad Valenciana, dice en el inciso final del art. 17.1 “en este documento la persona otorgante podrá designar a un representante que será el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario para que, en caso de no poder expresar por si mismo su voluntad, la sustituya”⁵⁷⁸. Por lo tanto, con carácter general, la figura del representante en este ámbito tiene reconocidas ambas funciones, por un lado, es el interlocutor de la voluntad de quien las otorga, por otro, es un sustituto de su voluntad.

En cuanto a la primera función, consiste en rastrear cuales serían los deseos y la voluntad del sujeto. Al establecer que el representante es el interlocutor con el médico o equipo sanitario se está diciendo que en el diálogo entre las dos partes deberá surgir el acuerdo final en la toma de decisiones clínicas⁵⁷⁹. Por lo tanto, el representante tiene un función perfectamente delimitada y, no es otro que, procurar el cumplimiento de las instrucciones previas⁵⁸⁰. Así, la persona asignada cumple una función de mandato.

La segunda función, va más allá de proceder a interpretar lo puesto de manifiesto en el documento de instrucciones previas, no sólo se trata de hacer cumplir o interpretar lo expresado previamente, sino que además, atribuye al representante la posibilidad de

⁵⁷⁸ El mencionado reconocimiento no es exclusivo de la Comunidad Valenciana, así, de manera similar, el art. 3.2 de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía dice, “La designación de un representante, plenamente identificado, que será quien le sustituya en el otorgamiento del consentimiento informado, en los casos en que este proceda”.

⁵⁷⁹ GONZÁLEZ, Luis., “La figura y función del “representante” en la legislación sobre instrucciones previas (Ley 41/2002 y legislación autonómica)”, en ADROHER, Salomé (ed.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p.642

⁵⁸⁰ GALLEGO, Sergio., “Las instrucciones previas y su regulación jurídica”, en GASCÓN, Marina., María del Carmen GONZÁLEZ y Josefa CANTERO (coords.), *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 506

declarar su propio consentimiento sobre la aceptación o rechazo de una intervención e, incluso, de la donación de los órganos. En virtud de lo antedicho, la función asignada al tercero electo, abandona la naturaleza del mandato, para ser sustitutiva de la voluntad.

Así pues, en apariencia, la actuación del tercero en este caso, no puede ser calificada de mandato ni de representación ya que en nuestra legislación aparecen claramente perfiladas y no se ajusta plenamente al vínculo generado en esta cuestión⁵⁸¹. En torno a esta cuestión, resulta interesante cómo, en un momento casi simultáneo se incorpora en ordenamiento jurídico dos instituciones jurídicas en apariencia similares.

En un primer momento, las instrucciones previas reconocidas en la LAP y en un segundo momento, se introduce la autotutela en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad (en adelante, Ley 41/2003) que reconoce la posibilidad de incluir dentro de la protección y tutela de las personas discapacitadas, a las personas mayores.

En torno a la autotutela, el art. 233. II del CC dispone que, “Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

Indica Seoane⁵⁸² que ambas instituciones, persiguen finalidades idénticas. Estas son, por un lado, respetar la autonomía de cada individuo para la gestión de su vida y salud, participando de forma activa en la planificación anticipada de la atención. Por otro lado, ampliar la facultad de los usuarios en las decisiones, permitiendo la disposición de

⁵⁸¹ GONZÁLEZ, Luis., “La figura y función del “representante” en la legislación sobre instrucciones previas (Ley 41/2002 y legislación autonómica)”, en ADROHER, Salomé (ed.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p.645

⁵⁸² SEOANE, José Antonio., “Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España”, *Derecho y Salud*, núm. 2, 2006, p.287

diversos asuntos en relación con su vida y salud en previsión de incapacidades futuras. Asimismo, se procura orientar y mejorar el proceso de toma de decisiones de pacientes incapaces, ayudando a interpretar sus instrucciones y deseos.

Es de advertir que el origen así como alcance de ambas no son idénticos ya que la autotutela actúa sobre una esfera personal más amplia, no limitada al ámbito sanitario, y también sobre la esfera patrimonial, ajena a las instrucciones previas. En coherencia con ello, permite la adopción de ciertas disposiciones personales por parte de una persona con capacidad de obrar en previsión de una incapacitación futura y no de la mera incapacidad propia de las instrucciones previas. Ahora bien, además de que la autotutela contempla únicamente a personas mayores, la decisión personal en el caso de la autotutela no es eficaz por sí misma, sino que para adquirir eficacia jurídica hace falta otro hecho, que es la aprobación judicial⁵⁸³. En este sentido, la autotutela es una proposición hecha por la persona interesada al juez, el cual la acepta o rechaza la conveniencia del instrumento en cada caso concreto.

Por ello, si bien es cierto que tanto del documento de instrucciones previas como de la autotutela se desprende que suponen una manifestación de la autonomía de la voluntad de la persona, no es menor cierto que el representante de las instrucciones previas es una figura con perfiles propios dentro del ordenamiento jurídico español⁵⁸⁴. En realidad, la actuación del representante la determina el otorgante en el propio documento, deben ser apuntadas expresamente. Así, el alcance de las decisiones del representante en este ámbito queda delimitado a lo puesto de manifiesto en las voluntades anticipadas, en este caso, a lo declarado por el menor en el mismo.

En definitiva, no hay razones justificadas para mantener que un menor mayor de dieciséis, así como un menor de edad con capacidad natural reconocida, no tiene

⁵⁸³ SERRANO, Ignacio., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p.32

⁵⁸⁴ GONZÁLEZ, Luis., “La figura y función del “representante” en la legislación sobre instrucciones previas (Ley 41/2002 y legislación autonómica)”, en ADROHER, Salomé (ed.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p.645

capacidad suficiente para emitir de forma anticipada su voluntad cuando, con carácter general, en esas condiciones, tiene la posibilidad de prestar su consentimiento. Por ello se considera válido otorgar la voluntad a través del mencionado instrumento y, en este sentido, el alcance de la actuación del representante legal designado quedará delimitada a lo estrictamente expresado en el documento por el propio menor de edad.

6.1 El menor de edad maduro

En el caso de que el legislador admita la posibilidad de elaboración del documento de instrucciones previas al menor de edad como acto de ejercicio de su autonomía personal y en coherencia con la línea seguida hasta el momento, se presentan dos posibilidades de actuación autónoma cuando el menor tiene capacidad natural.

En primer lugar, el menor emancipado y el mayor de dieciséis años de edad ostentan capacidad legal para tomar decisiones sanitarias por sí mismo, por lo tanto, en el caso de que lo considere oportuno, cabe la posibilidad de elaborar un documento de instrucciones previas en aras de manifestar su voluntad futura sobre una actuación. En segundo lugar, la persona entre los doce y los dieciséis años cumplidos con madurez reconocida, puede igualmente elaborar el documento de instrucciones previas para tomar decisiones sanitarias por sí misma.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en el caso de las instrucciones previas, la forma de comprobar que efectivamente un menor de edad tiene madurez es dudosa porque al ser previo el facultativo no puede confirmarlo en el momento.

6.2 El menor de edad no maduro

El menor de edad sin madurez no puede en ningún caso manifestar su voluntad de forma anticipada ya que el documento de instrucciones previas es un mecanismo jurídico que en el supuesto presentado en estas líneas no tiene utilidad.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. Los ordenamientos jurídicos occidentales dividen la vida en dos etapas: minoría y mayoría de edad. El menor de edad, en cuanto que es persona, es titular de los derechos humanos reconocidos globalmente a todo individuo y más concretamente, de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. En el orden estatal es titular de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española de 1978, en la Ley de Protección Jurídica del menor de 1996 y en la nueva Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. En este sentido, la idea de la titularidad de los derechos es comúnmente aceptada. No obstante, aunque su ejercicio, con carácter general, se desarrolla a través de representación legal, el reconocimiento de la titularidad de los mismos conlleva la posibilidad de ejercerlos en atención a ciertos factores. Esto es así porque el niño es una persona en constante evolución cognitiva y en pleno proceso de desarrollo de la personalidad, por ello, el hecho de no ser adulto y no tener plena capacidad de obrar reconocida, no significa que el menor de edad es incapaz sino que tiene capacidad de obrar limitada puesto que, a pesar de que la legislación establece de forma expresa un criterio objetivo de edad como margen para la adquisición de la plena capacidad, hay que tener en cuenta que la edad no es un criterio único. La madurez y el interés superior del menor son igualmente dos factores relevantes. De modo que, en el supuesto concreto es necesario atender a la totalidad de factores para determinar la situación jurídica del menor en cada ámbito.

SEGUNDA. El ordenamiento jurídico español reconoce la titularidad de los derechos de los menores de edad así como una capacidad progresiva para ejercerlos. Por ello, el menor tiene una capacidad de obrar limitada. De acuerdo con esta idea y en relación al ejercicio de los derechos de la personalidad hay que insistir que en la evaluación de la capacidad se tiene en cuenta el criterio cronológico, el interés del menor en caso concreto y la valoración de la madurez personal. Por lo tanto, se presentan dos escenarios diferenciados. De un lado, los representantes legales actúan a favor del interés del menor cuando éste no tiene suficiente madurez para ejercer los derechos de la personalidad por sí mismo. De manera que desarrollan su intervención a través del derecho-función que les compete de velar por el niño. La actuación de los

representantes en determinados casos es conveniente y necesaria, sin embargo, no todos los derechos fundamentales pueden ser ejercidos por representación, puesto que con base en la naturaleza del derecho existe la posibilidad de que en situaciones concretas, únicamente el titular del mismo puede ejercitarlo debido a su esfera espiritual. En estos casos es fundamental escuchar y atender la opinión del niño. Así pues, el ejercicio de estos derechos a través de representación legal debe ser interpretado de forma relativa. De otro, en los supuestos en los que el menor tiene madurez para entender el acto determinado de que se trate, queda exceptuada la actuación de los representantes legales, salvo en las situaciones expresamente exceptuadas por la ley. La madurez, posibilita la actuación autónoma y ésta es exigida en atención a la actuación específica que se vaya a desarrollar. En consecuencia, la restricción de actuación de quien ejerce la patria potestad debe considerarse de forma absoluta ya que se trata de un límite en su intervención. De manera que, la actuación del menor es amplia siempre que posea la madurez suficientes en lo que respecta a los derechos de la personalidad. Por ello, debe ser valorada en cada caso y para cada acto. De acuerdo con esta interpretación, el ordenamiento jurídico otorga al menor de edad cierta autonomía que encuentra su fundamento en el desarrollo de la personalidad del individuo en conexión con la protección de la persona. En este sentido, se trata de una relación directa entre autonomía y protección.

TERCERA. La situación jurídica del menor ha sido configurada a través del desarrollo normativo. La legislación aprobada a favor de la infancia pone de manifiesto que el interés superior del menor constituye uno de los ejes fundamentales al considerarlo como un principio prioritario. Este criterio, vincula a todos y es aplicable a cualquier situación que involucre al menor, por ello, se ha configurado con carácter universal y sin especificidad en contenido. Además, ha sido calificado como concepto jurídico indeterminado y en el ordenamiento jurídico español, ha sido concebido bajo la fórmula de cláusula general. Sin embargo, si bien es cierto que presenta una difícil determinación en abstracto por la heterogeneidad de supuestos en los que interviene, no es menos cierto que del análisis de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia se desprenden elementos comunes que actúan como mínimos ante cualquier situación. Así pues, la aplicación e interpretación del principio deben ponderarse en atención a éstos, tratando de adoptar soluciones sino permanentes, estables. Esto significa que el interés

del menor no puede ser considerado como una noción estrictamente indeterminada porque a pesar de que debe ser apreciado en el supuesto específico, ha sido configurado para ofrecer al niño solución más adecuada bajo tales directrices mínimas, con independencia de la naturaleza de la situación. A tales efectos, se trata de un principio flexible que atiende a las circunstancias concretas de cada caso.

En el contexto sanitario, el principio se aplica ante cualquier actuación en la que el paciente es un menor de edad y además, es de advertir que en este área, llegan a intervenir tres partes en la interpretación del interés superior del menor: los representantes legales, los profesionales de la salud y el propio menor de edad. Pues bien, los profesionales de la salud, influyen en la determinación del interés del menor a través de sus conocimientos técnicos y de la evidencia científica, valorando los riesgos y beneficios de cada actuación. Además el rol del facultativo es relevante en la determinación de la naturaleza del acto puesto que debe delimitar si una intervención es necesaria o por el contrario, se trata de una actuación no terapéutica. A su vez, los representantes legales influyen en la determinación del interés del menor como garantes de sus derechos, en función de velar por el niño y a favor del libre desarrollo de su personalidad. Por ello, es importante respetar el derecho del menor a ser escuchado.

CUARTA. En relación a la toma de decisión, el derecho a la información y el consentimiento informado son dos derechos estrechamente relacionados. Ambos, constituyen un elemento esencial de la *lex artis* del profesional. De modo que, tanto la ausencia como la insuficiencia de uno de sus presupuestos es constitutivo de una incorrecta praxis sanitaria, y por lo tanto, generador de responsabilidad para el facultativo al tratarse de un incumplimiento de sus obligaciones. A tales efectos, la observancia de los presupuestos legales de ambos es constitutivo de una buena praxis.

QUINTA. En la relación clínico asistencial, el derecho a la información debe ser interpretado como un derecho en sí mismo y a su vez, como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos, en este caso, para el ejercicio del consentimiento informado. El deber de información del profesional sanitario y el derecho del paciente a conocer los datos disponibles sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud comprende la transmisión de una información adecuada. La información debe abarcar

como mínimo la naturaleza, finalidad, riesgos, consecuencias y contraindicaciones de cada intervención. Respecto al contenido de la información lo que más problemática suscita son los posibles riesgos y consecuencias de la intervención sanitaria, por ello la información básica debe ser lo más exhaustiva, suficiente y comprensible para el paciente. Ahora bien, la evolución jurisprudencial pone de manifiesto que el deber de información del profesional es distinto en atención al campo de la medicina en el que se ubique un acto. De acuerdo con ello, el contenido de la información se agrava en el campo de la medicina satisfactiva con respecto a la medicina asistencia. De ello se deduce, pues, que el contenido que debe ser transmitido al paciente presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina voluntaria.

SEXTA. La privación de información equivale a una limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral. Por lo tanto, la falta de información, en determinadas circunstancias, puede ser considerado como una vulneración del derecho a la integridad física o moral. La jurisprudencia valora como elemento constitutivo de responsabilidad sanitaria la falta de información y la omisión del consentimiento informado, ya que la intervención del profesional sanitario, en determinadas circunstancias, puede derivar no sólo en un daño físico sobre la salud del paciente, sino también en un daño moral que en ocasiones es tanto o más digno de ser tenido en cuenta que la propia lesión corporal. La observancia del derecho a la información y del consentimiento informado implica el respeto por parte del facultativo de la autonomía de la voluntad personal. Ahora bien, estos derechos no son absolutos, sino limitados y dichas limitaciones están reconocidas expresamente en la normativa. Por lo tanto, los casos excepcionales en los que se produce dicha limitación, no implica una vulneración de los derechos del paciente, sino por el contrario, el respeto de los mismos.

SÉPTIMA. El consentimiento informado del paciente es una garantía del derecho fundamental a la integridad personal desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad del paciente en la toma de decisiones personales sobre el propio cuerpo. El consentimiento, por regla general, debe ser emitido de forma oral, no obstante, la norma regula determinadas excepciones en las que debe emitirse necesariamente de forma

escrita. El consentimiento informado escrito es el que más problemática suscita porque se emplea en las actuaciones sanitarias más complicadas. Para garantizar que el paciente autoriza, o en caso rechaza un tratamiento o intervención de forma libre, consciente y voluntaria se ha delimitado por la norma y la jurisprudencia el contenido que debe ser transmitido en ambos casos. En esencia, debe contemplar: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; d) Las contraindicaciones. De acuerdo con ello, la firma por parte del paciente de un documento o formulario de consentimiento, supone la aceptación escrita de las cuestiones indicadas en el articulado y ello, consecuentemente implica que la persona es conocedora y consciente de la información suministrada y por lo tanto, que asume los posibles resultados que puedan acaecer en caso de que se produzcan.

OCTAVA. A la hora de establecer un marco teórico sobre consentimiento informado cuando el sujeto al que se aplica un tratamiento o intervención es una persona menor de edad, hay que tener en cuenta el criterio cronológico y el de la madurez porque el tratamiento jurídico de la minoría de edad en relación con la emisión del consentimiento informado se encuentra condicionado por la evolución del niño durante la infancia. La combinación de ambos criterios en la toma de decisión se desprende de la interpretación conjunta de la legislación civil, en consonancia con la legislación sanitaria. De acuerdo con ello, la normativa establece una delimitación de edades que determinan con carácter general cuándo el menor puede actuar por sí mismo y cuándo en representación. Así pues, en primer lugar, la norma reconoce que a partir de los dieciséis años edad, el menor tiene capacidad legal para tomar decisiones por sí mismo en este área. Igualmente, el menor emancipado tiene reconocida la misma capacidad legal. Ambos supuestos se interpretan de este modo salvo que se demuestre que el niño no es maduro. Ahora bien, a lo indicado hay que añadir que cuando según el criterio del facultativo se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento lo presta el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo. Por lo tanto, en este supuesto, la capacidad legal reconocida al niño es relativa. En segundo lugar, la norma reconoce con carácter general que el consentimiento lo dará

el representante legal del menor cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, después de haber escuchado su opinión y conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En tercer y último lugar, cabe anotar que del tenor literal de nueva redacción de la disposición se desprende que, cuando la persona tenga una edad inferior a los dieciséis años de edad se debe evaluar la madurez. En este punto, si se confirma que el menor de edad tiene madurez suficiente para decidir por sí mismo el acto concreto tiene reconocido, pues, el derecho a prestar el consentimiento informado forma autónoma.

NOVENA. En la toma de decisión sobre la salud del paciente menor de edad, hay que distinguir la capacidad legal de la natural. Pues bien, tanto el menor, mayor de dieciséis como el menor emancipado, tienen capacidad legal reconocida y por lo tanto, pueden decidir por sí mismos, salvo en los casos excepcionales proclamados en la ley. Sin embargo en lo que respecta al menor de dieciséis años, se distinguen dos escenarios en atención a la capacidad natural: Uno, cuando la persona ostenta capacidad natural para decidir por sí misma puede actuar de forma autónoma. Esto es así porque el ordenamiento jurídico reconoce autonomía al menor de forma progresiva y ésta viene determinada gradualmente según la edad y la madurez en conexión con la importancia del acto que se va a llevar a cabo. Otro, cuando la persona no ostenta capacidad natural, intervienen los representantes legales a favor de su mejor interés, el cual es empleado como guía y como límite de la mencionada actuación. En consecuencia, el punto controvertido se concreta en la persona que tiene una edad inferior a los dieciséis años puesto que en el periodo anotado existe la posibilidad de actuación autónoma del niño en el ejercicio de los derechos de la personalidad y por ende, en la toma de decisiones sobre la salud, siempre que éste sea maduro. Por ello, la cuestión clave deriva de la edad indicada y más concretamente, en la dificultad de evaluar la madurez en el supuesto específico para posibilitar la toma de decisión. A tales efectos, a pesar de que la evaluación de la capacidad de la persona es cuestión compleja existen procedimientos útiles que ayudan al profesional, así como a los Comités de Ética. A nivel interno, el grado de madurez de la persona se evalúa en atención a la edad y en relación a la gravedad e irreversibilidad del acto. Así, el medio propuesto en tal valoración es la

escala móvil de capacidad, según la cual, la exigencia de madurez aumenta con base en la complejidad de la actuación.

DÉCIMA. La intervención de los representantes legales en la emisión del consentimiento informado en el periodo de la minoría de edad está sujeta a unas pautas básicas de actuación que progresivamente se han ido determinando por el derecho positivo. La pautas propuestas que deben seguir los representantes son aplicables a la totalidad de los tratamientos e intervenciones sanitarias en las que el paciente es un menor de edad. Estas son las siguientes; cuando una determinada actuación beneficie de forma objetiva el estado de salud del menor, los representantes deben aceptarla a favor de su interés, de la vida y de la protección de la salud. La forma objetiva de valoración está determinada a través de la evidencia científica, donde se ponderan los riesgos-beneficios de cada acto en relación con el paciente. Por ello, cuando la actuación conlleve más riesgos que beneficios para el niño, debe ser rechazada como medida de protección y garantía de los derechos del menor. A pesar de ello, en los supuestos en los que se manifiesten discrepancias insalvables entre los representantes legales y los profesionales de la salud, incluso entre los representantes legales entre sí, hay que acudir en todo caso a la autoridad judicial. Básicamente, los representantes deben velar por su interés y actuar como garantes del niño y asimismo el niño tiene derecho a opinar y a ser escuchado, para ello, será informado del proceso de forma clara y adecuada. En este punto hay que insistir en la idea de que, a pesar de que un menor de edad no tenga suficiente madurez para decidir, tiene igualmente reconocido el derecho a dar su opinión y ser escuchado, por ende, debe ser informado de forma comprensible sobre su cuadro clínico. Esto es así porque los representantes no sustituyen la voluntad del menor sino que la representan. En este sentido, el ordenamiento jurídico intenta conciliar autonomía y protección, motivando el desarrollo de la personalidad del niño.

DECIMOPRIMERA. En España, la inmunización sistemática es una prestación sanitaria voluntaria. El individuo tiene la facultad de decidir sobre la aceptación o el rechazo de las vacunas preventivas. En lo que respecta a la vacunación en el período de la infancia se distinguen dos escenarios con base en la madurez del menor de edad. Por un lado, cuando el niño es un menor emancipado o, en su caso, tiene una edad igual o superior a los dieciséis años cumplidos, el menor tiene capacidad legal para decidir por

sí mismo. Esto implica que el niño es competente del mismo modo que lo es la persona adulta. Y esto es así salvo que el facultativo considere que el menor no es maduro o que la vacuna es de grave riesgo. Asimismo, el menor de dieciséis años, si el criterio del profesional sanitario evalúa que tiene suficiente madurez para decidir por sí mismo de forma autónoma sobre la medida, puede prestar el consentimiento. Por su parte, la toma de decisión cuando el niño no posea madurez suficiente le corresponde en todo caso a los representantes legales. De esta forma, el consentimiento informado de los representantes se ejercerá en función del deber de velar por el menor y por ende, a favor del interés superior del niño y a favor de la vida y la protección de su salud, sin olvidar que éste, tiene derecho a expresar su opinión y a ser escuchado, por consiguiente, debe ser informado sobre la vacuna que ha sido recomendada. En caso de dudar sobre la aplicación de la medida, es conveniente que el interés superior del niño se determine a través de un razonamiento que tiene por finalidad establecer un equilibrio entre los riesgos y los beneficios asociados tanto a la aplicación de la vacuna como a la no aplicación de la misma. La evaluación valorada en dichos términos se debe llevar a cabo con base en la evidencia científica según el estado de la ciencia. Esto significa que los representantes en ningún caso pueden adoptar una decisión con base en intereses propios ni en creencias personales o ideológicas. Sino que muy al contrario, las decisiones adoptadas tienen que tomarse siempre a favor del menor. Ahora bien, al ser la inmunización una medida sanitaria de carácter preventivo y voluntario resulta interesante proporcionar educación a las personas en la materia, de manera que las decisiones adoptadas al respecto sean responsables.

Ahora bien, en caso de epidemia, la toma de decisión puede no ser autónoma. En este supuesto, el modelo de inmunización anclado en la autonomía personal puede ser modificado por la obligatoriedad ante una situación de riesgo para el colectivo y en consecuencia, compete a los poderes públicos adoptar las medidas necesarias en tutela de la salud pública. Esto es así porque en situaciones normales se promueve los mejores intereses de los pacientes en particular. No obstante, en situaciones excepcionales la salud pública se centra en los mejores intereses de la población en su conjunto y no de los intereses de cada paciente concreto. Esta limitación puede afectar al ejercicio de los derechos fundamentales de los pacientes de forma total o parcial en aras de proteger interés general frente al individual. El riesgo hacia la salud pública, justifica la posible

intromisión en la integridad del paciente así como la transmisión de la información a terceras personas a pesar de la falta de consentimiento.

DECIMOSEGUNDA. La interrupción del embarazo es una prestación sanitaria incluida en el Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, a la hora de legitimar la práctica clínica hay que atender al marco jurídico en el que se desarrolla el consentimiento informado puesto que la prestación está regulada por la norma específica en la materia. Pues bien, en lo que respecta a la capacidad para consentir se reconoce que las mujeres de dieciséis y diecisiete años, tienen capacidad legal para decidir sobre el acceso a la prestación sanitaria, salvo que sea un acto de grave riesgo para su vida o salvo cuando la menor no sea madura. Este derecho está igualmente reconocido a la menor de dieciséis que sea considerada madura por el facultativo. Esto es así porque la legislación civil, la normativa sanitaria y la ley específica que regula la interrupción voluntaria del embarazo, comparten el criterio de que el derecho analizado es personalísimo, por lo tanto, la menor madura tiene derecho a decidir de forma autónoma, sin intervención de los representantes legales. En cambio, si el profesional de la salud evalúa que la menor embarazada no posee madurez suficiente, es necesario prestar el consentimiento en representación y siempre a favor de su mejor interés, de la protección de la salud y la vida, teniendo en cuenta que en cualquier caso, tal decisión debe ser estable y debe adoptarse además, tras haber escuchado los deseos y la opinión de la menor. En caso de conflicto insalvable y según las circunstancias, interviene la autoridad judicial.

DECIMOTERCERA. La práctica de la interrupción del embarazo plantea el dilema del derecho a la intimidad de la menor ante su situación frente al derecho de los representantes legales a la información asistencial en el ejercicio de la interrupción. En este punto cabe anotar que cuando la menor de edad tiene madurez suficiente para consentir por sí misma los tratamientos e intervenciones, su situación médica puede quedar, si lo desea, en el ámbito de su vida privada. En este sentido, tanto las menores emancipadas como las mayores de dieciséis años tienen reconocida una capacidad legal para adoptar decisiones autónomas, incluida la prestación sanitaria indicada. Asimismo, cuando el niño es menor de dieciséis, le corresponde al profesional de la salud atender a las condiciones de madurez de la persona y por tanto, a la capacidad natural para comprender el acto y las consecuencias concretas de la decisión a adoptar, tanto si se

decide interrumpir el embarazo, como si decide continuar adelante con el mismo. A este respecto hay que tener en cuenta que cuando una persona tiene madurez para prestar el consentimiento informado tiene derecho a conocer la información asistencial sobre la actuación. En consecuencia, si la menor es madura para decidir por sí misma de forma autónoma, puede oponerse a que sus datos relativos a su salud se transmitan a los representantes legales puesto que en este caso, es la paciente y por consiguiente, es la titular única de la información. Sin embargo, en caso contrario, cuando la menor no tiene madurez suficiente, deben ser informados los representantes legales para prestar el consentimiento en ambos supuestos planteados. Como es evidente, el derecho de los padres será ejercido a través de su deber de velar por la menor de edad. La información de los datos sanitarios no le corresponde a la menor como titular, sino que serán transmitidos a los representantes legales con el objetivo de que éstos, de un modo informado, velen por sus intereses. Sin olvidar el derecho de la niña a dar su opinión y ser escuchada en el caso concreto.

DECIMOCUARTA. Ante un supuesto de necesidad de transfusión sanguínea existe la posibilidad de elección de otro tratamiento entre las distintas opciones terapéuticas disponibles. No obstante, la situación planteada es más compleja cuando médicamente se determina que la transfusión es la única alternativa sanitaria y su omisión conlleva un riesgo vital. Así pues, en el período de la infancia, la toma de decisión de las transfusiones de sangre presenta dos escenarios con base en la madurez del menor de edad. La regla general indica que el menor, mayor de dieciséis y el menor emancipado tiene capacidad legal de decisión y en el caso de que el niño sea menor de dieciséis, si es maduro puede decidir por sí mismo de forma libre, consciente y voluntaria al igual que el adulto. En cambio, si el menor no es maduro deciden los representantes legales a favor del interés superior del menor. Por consiguiente, el punto clave en el ejercicio del consentimiento informado en este caso queda anclado en la evaluación de la madurez en el supuesto concreto, teniendo en cuenta dos factores. En primer lugar, que en los casos más complicados debe exigirse la máxima madurez para tomar una decisión. En segundo lugar, que la interpretación del interés superior del menor debe tener en cuenta la protección del derecho a la vida del niño, así como la supervivencia y el desarrollo del menor. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que la transfusión sanguínea en el caso planteado es de urgencia vital, se entiende que, en atención al derecho positivo, la

toma de decisión será adoptada en cualquier caso por los representantes legales del niño y ésta será adoptada a favor de la vida, de la protección de la salud y en aras de proteger su interés superior.

DECIMOQUINTA. La circuncisión es un acto sanitario que puede tener una naturaleza terapéutica o no terapéutica. En el segundo caso, con carácter general, es una medida anclada jurídicamente en las creencias religiosas. En este marco, la toma de decisión de la circuncisión no terapéutica, presenta dos escenarios con base en la madurez del menor de edad. En lo que respecta al menor de edad emancipado y el mayor de dieciséis años de edad, ostentan, en cualquier caso, capacidad legal para tomar la decisión salvo que el facultativo considere que el niño no es maduro o en su caso, considere que es una actuación de grave riesgo. El niño menor de dieciséis años, si es maduro, puede igualmente ejercer el consentimiento informado por sí mismo. Ahora bien, los supuestos en los que tiene una edad inferior a los dieciséis años sin madurez suficiente para decidir de forma autónoma, hay que insistir en que no está justificado que los representantes legales puedan practicar la circuncisión no terapéutica porque la medida no es necesaria para la protección de la salud del niño. Al no tratarse de una decisión adoptada en el mejor interés del menor, el acto sanitario supone un límite en el ejercicio del consentimiento informado en representación legal.

DECIMOSEXTA. La normativa exige la mayoría de edad para otorgar el documento de instrucciones previas. No obstante, la elaboración del documento supone un acto de ejercicio de la autonomía de la voluntad de forma anticipada. Por ello, en estas líneas se considera válido permitir al menor maduro redactar este documento si lo desea. Así, el menor emancipado y el mayor de dieciséis años de edad como tienen capacidad legal para tomar decisiones sanitarias por sí mismo, se entiende razonable reconocer la posibilidad de elaborar un documento de instrucciones previas en aras de manifestar su voluntad futura sobre una actuación. Asimismo, la persona entre los doce y los dieciséis años cumplidos con madurez reconocida, se entiende igualmente que puede elaborar el documento de instrucciones previas para tomar decisiones sanitarias, del mismo modo que puede ejercer el consentimiento informado ante un acto sobre su salud. Sin embargo, el menor sin madurez y el niño menor de doce años, no puede en ningún caso

manifestar su voluntad de forma anticipada a falta de los presupuestos necesarios para emitir la voluntad de forma libre, consciente y voluntaria.

CONCLUSIONS

FIRST. Western legal systems divide life into two stages: under age and of legal age. The minor, as a person, owns the human rights recognized globally to every individual and more specifically, the rights recognized in the Convention on the Rights of the Child 1989. In Spain, minors have the Fundamental rights recognized in the Spanish Constitution of 1978, the Law on Legal Protection of minors of 1996 and the new Organic Law 8/2015 of 22 July. In this sense, the acknowledgement of ownership of rights is commonly accepted. However, although their exercise, in general, takes place through legal representation, recognition of the ownership thereof entails the possibility of exercising them depending on certain factors. This is because the child is a person in constant cognitive development and in the process of personality development, therefore, the fact of not being an adult and not being recognized full legal capacity, does not mean that the minor is incapable but has limited capacity to act since, even though the legislation expressly provides an objective criterion of age as a margin for the acquisition of full capacity, one must bear in mind that age is not the sole criterion. Maturity and best interests of the child are also two important factors. So, in the specific case it is necessary to address all factors in determining the legal status of the child in each area.

SECOND. The Spanish legal system recognizes the ownership of the rights of minors as well as a progressive ability to exercise them. Therefore, children have a limited capacity to act. According to this idea and in relation to the exercise of rights of personality, it should be stressed that the evaluation of the capacity takes into account the chronological criterion, the child's interest in the particular case and an assessment of personal maturity. Thus, two different scenarios are presented. On the one hand, legal representatives act in the best interests of children when they are not sufficiently mature to exercise the rights of personality themselves. So they develop their intervention through the relevant right-function to ensure the child's welfare. The role of the representatives in certain cases is desirable and necessary, but not all fundamental rights may be exercised by proxy, as based on the nature of the right it is possible that in certain situations, only the holder of the right is able to exercise it because of its

spiritual sphere.

In these cases it is essential to hear the child's opinion. Thus, the exercise of these rights through legal representation should be interpreted relatively. Also, in cases where the minor is mature enough to understand the particular act in question, the role of the legal representative is not necessary, except in situations specifically exempted by law. Maturity enables autonomous action and this is required in view of the specific action to be performed. Consequently, the restriction of action of the person exercising parental authority should be considered absolutely as it is a limit to his role. Accordingly, the minor's scope of action is broad provided they are sufficiently mature with regard to personality rights. Therefore, each case must be assessed individually and regarding each act. According to this interpretation, the law grants the minor a degree of autonomy based on the development of the personality of the individual in connection with the protection of the individual. In this sense, there is a direct relationship between autonomy and protection.

THIRD. The legal status of minors has been configured through statutory development. Legislation passed in favour of children shows that the higher interests of the child is one of the cornerstones as it is considered a top priority. This criterion is binding on all and is applicable to any situation involving the child, therefore, it is set universally without a specific content. It has also been described as a vague legal concept and in the Spanish legal system it has been conceived under a general clause formula. However, although indeed its determination is difficult in abstract due to the heterogeneity of cases in which it is involved, the fact remains that the analysis of the legislation, doctrine and jurisprudence shows common elements which act as a minimum in any situation. Thus, the application and interpretation of the principle must be weighed based on them, trying to adopt permanent, but stable solutions. This means that the child's interest cannot be considered as a strictly indeterminate notion because even though it must be assessed in the specific case, it has been devised to offer the most appropriate solution under such minimum guidelines, irrespective of the nature of the situation. To this end, it is a flexible principle that caters to the specific circumstances of each case.

In the health context, the principle applies to any action in which the patient is a minor and it should also be noted that in this area, up to three parties are involved in the interpretation of the interests of the child: the legal representatives, health professionals and the minor himself. However, health professionals influence in determining the interest of the child through their expertise and scientific evidence, assessing the risks and benefits of each action. Furthermore their role is relevant in determining the nature of the act because they define whether an intervention is needed or conversely, a non-therapeutic action is required. In turn, the legal representatives influence the determination of the best interests of the child as guarantors of their rights, in terms of ensuring the child's welfare and favouring the free development of the child's personality. Therefore, it is important to respect the child's right to be heard.

FOURTH. In relation to decision making, the right to information and informed consent are two closely related rights. Both are an essential element of professional *lex artis*. So, either the absence or the inadequacy of one of the requirements is constitutive of improper health practice, and therefore a generator of responsibility for the health professional in being a breach of his obligations. To this end, the observance of the legal requirements of both concepts establishes proper practice.

FIFTH. In the clinical care relationship, the right to information must be interpreted as a right in itself and in turn, as a means or instrument for the exercise of other rights, in this case, for the exercise of informed consent. The duty to inform the healthcare professional and the patient's right to know the data available on any action in the field of health comprises transmitting adequate information. The information must include at least the nature, purpose, risks, consequences and contraindications of each intervention.

The content of the information which raises more problems includes the possible risks and consequences of health intervention, so basic information should be as comprehensive, sufficient and understandable for the patient as possible. However, the jurisprudential evolution shows that the reporting obligations in professional care differ according to the field of medicine. Accordingly, the information content is exacerbated in the field of satisfactive medicine compared to health care. It therefore follows that the

content to be transmitted to the patient presents different levels of demand depending on whether the medical acts are curative or if it is voluntary medicine.

SIXTH. Depriving the patient of information amounts to a limitation of the right to consent or refuse a particular medical act, inherent in the fundamental right to physical and moral integrity. Therefore, the lack of information in certain circumstances, may be regarded as an infringement of the right to physical and moral integrity.

Case-law considers the lack of information and the omission of informed consent as medical malpractice, since the intervention of health professionals in certain circumstances can result not only in physical damage to the patient's health, but also a moral damage sometimes more worthy of being taken into account than the bodily injury itself. The observance of the right to information and informed consent implies observance by the health professional of the autonomy of personal will. However, these rights are not absolute, but limited, such limitations are expressly recognized in the legislation. Therefore, the exceptional cases in which such a limitation applies, do not imply a breach of patient rights, but on the contrary, observance thereof.

SEVENTH. Informed consent is a guarantee of the fundamental right to personal integrity from the perspective of the autonomy of the patient in making personal decisions about their own bodies. The consent must generally be expressed orally, however, the law provides certain exceptions that must necessarily be expressed in writing. Written informed consent is the most problematic because it is used in the most complex health interventions. To ensure that the patient consents or where appropriate refuses treatment or an intervention freely, consciously and voluntarily, the regulations and case-law defines the content to be transmitted in both cases.

In essence, this should include: a) Relevant or significant consequences that certainly result from the intervention; b) Risks related to the patient's personal or professional circumstances; c) The probable risks under normal conditions, according to the experience and the state of science or directly related to the type of intervention; d) Contraindications. Accordingly, the signature by the patient of a consent document or

form, implies the written acceptance of the issues listed and this consequently means that the person is aware and conscious of the information provided and therefore, undertakes the possible outcomes that may occur should they occur.

EIGHTH. When establishing a theoretical framework for informed consent when the subject of a treatment or intervention is a minor, the chronological and maturity criteria must be accounted for because the legal treatment of minors in relation to giving informed consent is conditioned by the child's development. The combination of both criteria in decision making is clear from the joint interpretation of civil law, in line with the health legislation.

Accordingly, the regulation establishes a division of ages generally determining when minors may act on their own and when they should be represented. These ages are twelve and sixteen years old. Thus, from the age of sixteen, the minor has legal capacity to make health decisions for himself. Similarly, the emancipated minor is granted the same capacity. Between twelve and sixteen years of age, there may be two situations. In the first, if the child is mature enough to decide in relation to the specific act autonomously he may give consent without the intervention of legal representation. In the second, if the minor is not mature enough to decide, legal representatives intervene in his best interest. Finally, the law generally proclaims that, for children under the age of twelve, informed consent must be given with the exercise of legal representation and always in favour of the child.

NINTH. In making decisions about the health of minor patients, we must distinguish between legal and natural capacity. Both minors over sixteen and emancipated minors are recognized legal capacity, and therefore, they can decide for themselves, except in exceptional circumstances set forth in the law. However, regarding the age of sixteen, there are two scenarios which respond to the natural capacity: One, if the person has a natural capacity to decide for himself, he can act autonomously. This is because the law recognizes autonomy to minors progressively and it is determined gradually according to the age and maturity in connection with the importance of the act to be carried out.

Another, when the person does not have natural capacity, legal representatives act in the minor's best interest, which is used to guide and limit the above action. Consequently, the controversial point lies in the person under sixteen because of the possibility of autonomous action of the child in the exercise of the rights of personality and hence in making decisions on health, provided the minor is mature. Therefore, the key question derives from that age and more specifically, the difficulty of assessing maturity in the specific case to facilitate decision making. For this purpose, even though assessing the capacity is complex there are useful procedures that help the professional. Internally, the maturity is evaluated in view of the age and in relation to the seriousness and irreversibility of the act. Thus, the means proposed for this assessment is the sliding scale of capacity, according to which the maturity requirement increases based on the complexity of the act.

TENTH. The intervention of the legal representatives of giving informed consent during childhood is subject to some basic guidelines that have been progressively determined by positive law. The proposed guidelines to be followed by representatives apply to all health treatments and interventions when the patient is a minor. These are as follows; when a given action objectively benefits the child's health, the representatives must accept in the child's interest. Objective assessment is determined by scientific evidence, where the risk-benefit of each act in relation to the patient is weighted. Therefore, when the intervention involves more risks than benefits for the child, it should be rejected as a means of protecting and guaranteeing the rights of minors.

However, in cases where there are insurmountable differences between the legal representatives and the health professionals, even among the legal representatives, in all cases the issue should be put to the judicial authority. Basically, the representatives should ensure the minor's interest and act as guarantors of the child and the child is also entitled to give an opinion and be heard, and for this purpose, he will be informed clearly and adequately about the process. At this point we must insist on the idea that, despite the fact that minors under the age of twelve are presumed not sufficiently mature to decide, they are also recognized the right to give their opinion and be heard, hence, they should understandably be informed about their clinical picture. This is because representatives do not replace the will of the child but represent it. In this sense,

the law seeks to reconcile autonomy and protection, encouraging the development of the child's personality.

ELEVENTH. In Spain, routine immunization is a voluntary health benefit. The individual has the power to decide on the acceptance or rejection of preventive vaccines. With regard to vaccination in infancy, there are two scenarios based on the maturity of the child. On the one hand, when the child is an emancipated minor or, where applicable, is sixteen or older, the child has legal capacity to decide for himself. This implies that the child is competent in the same way as the adult. Also, between twelve and sixteen, if the health professional believes that the minor is mature enough to decide on the measure for himself independently, he may give consent.

Meanwhile, decision making when the child is not sufficiently mature corresponds in all cases to the legal representatives. Thus, the informed consent of the representatives is exercised based on the duty to protect the child and thus favour the interests of the child without forgetting that he or she has the right to express their views and be heard, therefore, minors should be informed about the vaccine recommended. In case of doubt on the application of the measure, it is appropriate that the child's higher interests be determined through a reasoning which aims to balance the risks and benefits associated both with applying and not applying the vaccine.

The evaluation assessed in such terms should be carried out based on scientific evidence according to the state of science. This means that representatives may in no circumstances adopt a decision based on their own interests or personal or ideological beliefs. On the contrary, the decisions taken must always be taken in favour of the child. However, since vaccination is a preventive and voluntary health measure, it is interesting to provide education to people in this field, so that the decisions taken in this regard are responsible.

However, in the case of an epidemic, the decision-making cannot be autonomous. In this case, the immunization model anchored in personal autonomy can be modified by the mandatory nature in a group risk situation and consequently, it is for the public

authorities to take the necessary measures in protection of public health. This is because in normal situations the best interests of patients in particular are promoted. However, in exceptional circumstances, public health focuses on the best interests of the population as a whole rather than the interests of each individual patient. This limitation may affect the exercise of fundamental rights of patients in whole or in part in order to protect public interest over the individual interest. The risk to public health justifies the possible interference with the integrity of the patient as well as the transmission of information to third parties despite the lack of consent.

TWELFTH. Termination of pregnancy is a health benefit on the National Health System. However, when justifying the clinical practice, one must attend to the legal framework in which the informed consent develops, since the provision is governed by the specific rule on the matter. With regard to the capacity to consent, women of sixteen and seventeen years old are recognized the legal capacity to decide on access to this healthcare provision.

This right is also recognized to the mature minor between twelve and sixteen years old. This is because civil legislation, health regulations and the specific law regulating abortion, share the view that the right analysed is very personal, therefore, the mature minor is entitled to decide independently, without intervention of the legal representatives. However, if the health professional considers that the pregnant minor between twelve and sixteen is not sufficiently mature, it is necessary to consent through a representative and always in the minor's best interest, after hearing the wishes and opinion of the child. In the event of an insurmountable conflict and depending on the circumstances, the courts intervene.

THIRTEENTH. Abortion raises the question of the minor's right to privacy in this situation and the right of legal representatives to the healthcare information in the exercise of the abortion. At this point it should be noted that when the minor is mature enough to consent treatments and interventions, their health situation may be kept private if desired. In this sense, both emancipated minors and minors over sixteen are recognized the legal capacity to take autonomous decisions, including the said health intervention. Likewise, between twelve and sixteen, it is for the health professional to

assess the conditions of maturity of the person and therefore the natural capacity to understand the act and the practical consequences of the decision, whether a decision to terminate or not terminate pregnancy.

In this regard it should be noted that when a person is mature enough to provide informed consent, that person is entitled to know the healthcare information. Consequently, if the minor is mature enough to decide for themselves independently, they may object to their health data being transmitted to the legal representatives as in this case, it is the patient and therefore the only holder of the information. However, the law recognizes that when the professional considers that the intervention poses a risk to health, the parents will be informed and their opinion will be taken into account when making the decision.

Along these lines, the criterion set by the legislator is not shared because transmitting healthcare information to the parents questions the right to privacy and therefore the confidentiality of the data. If we consider that the child has natural capacity, this would imply a breach of the right to privacy by infringing the duty of medical confidentiality and also an interference with the right to healthcare information, by widening the scope of ownership to the legal guardians. But otherwise, when the child is not mature enough, the legal guardians should be informed to give consent in both cases. As is evident, the right of parents is exercised through their duty to protect the minor. The health data does not correspond to the minor as the holder, but will be transmitted to the legal representatives in order that they, in an informed way, may look after the minor's interests. Not to mention the right of minors to give their opinion and be heard in the case.

FOURTEENTH. In the case where a blood transfusion is necessary, it is possible to choose another treatment among the various treatment options available. However, the situation is more complex when it is medically determined that transfusion is the only health alternative and its omission entails a vital risk. So during childhood, the decision making in blood transfusions presents two scenarios based on the maturity of the child. The minor over sixteen and the emancipated minor has the legal capacity of decision

and between twelve and sixteen, if the minor is mature he can decide for himself freely, consciously and voluntarily in the same manner as adults.

However, if the child is not mature, the legal guardians will decide in favour of the best interests of the child. Therefore, the key point in the exercise of informed consent in this case is linked to the maturity assessment in the specific case, taking into account two factors. First, in the most complicated cases the maximum maturity should be required to make a decision. Second, the interpretation of the minor's higher interests must take into account the protection of the right to life, survival and development.

FIFTEENTH. Circumcision is a medical act which can have a therapeutic or non-therapeutic nature. In the second case, in general, it is a measure legally linked to religious beliefs. In this context, the decision-making for non-therapeutic circumcision has two scenarios based on the maturity of the child. In regard to emancipated minors and those over sixteen years of age, they hold in any case legal capacity to make the decision. And between twelve and sixteen, if mature, they can also give informed consent.

However, in cases of minors under the age of sixteen not sufficiently mature to decide autonomously, as well as minors under twelve, we must insist that it is not justified for legal representatives to practice non-therapeutic circumcision because this measure is not necessary to protect the health of the child. Since it is not a decision in the best interest of the child, it is a limit on the exercise of informed consent through legal representation.

SIXTEEN. The regulations require an individual to be of age to grant the advance directive. However, preparing this document entails an act of exercising autonomy in advance. Therefore, in these lines it is considered valid to permit the mature minor to draft this document if desired. Thus, the emancipated minor and minors over sixteen years of age, since they have legal capacity to make medical decisions for themselves, it is reasonable to recognize the possibility of an advance directive in order to express their will on a future intervention. It is likewise understood that the minor between

twelve and sixteen recognized as mature may prepare the advance directive to make health care decisions, just as they can exercise informed consent in health interventions. However, the minor lacking maturity and minors under twelve years old may in no case express their will in advance in the absence of the necessary requirements to express their will freely, consciously and voluntarily.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS., “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de derecho a la comunicación*, núm. 1, 2000, p. 100
- ALÁEZ, Benito., *Minoría de edad y Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p.12
- ALÁEZ, Benito., “El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 20, 2007, pp.203-204
- ALBALADEJO, Manuel., *Derecho Civil I. Parte General.*, Bosch, Barcelona, 2002, p.215
- ALDERSON, Priscilla., *Young children´s rights: exploring beliefs, principles, and practice*, 2º ed., Jessica Kingsley Publishers, London, 2008, p.17
- ALDERSON, Priscilla., Joanna HAWTHORNE y Margaret KILLEN., “The participation rights of premature babies”, *International Journal Children´s Rights*, núm. 13, 2005, pp. 33-34
- ALONSO, Mariano. “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil: luces y sombras” *Actualidad Civil*, núm. 2, 1997, p. 24
- ALONSO, Mariano., *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Civitas, Madrid, 2003, p.36.
- ALSTON, Philip., *The best interests of the child: reconciling culture and human rights*, Claredon Press, Oxford, 1994, p.27
- ALSTON, Philip., *The Best Interest of the Child: Towards a synthesis of children´s and cultural values*, Unicef, Florence, 1996, p.15
- ÁLVAREZ, María José y Susana MARTÍN., “Estrategias de vacunación en Atención Primaria”, *Revista Clínica Electrónica en Atención Primaria*, 2003, p.1
- ÁLVAREZ, Ignacio., Beatriz BAÓN., Mercedes NAVÍO., Raúl LÓPEZ., Elena LOBO y Tirso VENTURA., “Validación española de la entrevista MacArthur

- Competence Assessment Tool for Treatment para evaluar la capacidad de los pacientes”, *Medicina Clínica*, 2014, pp. 201 y ss.
- ALVENTOSA DEL RÍO, José Fina., “Notas sobre el derecho a la libertad religiosa del menor”, en GÓNZALEZ, José Manuel y Fernando MÉNDEZ (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Diputación de Castellón, Castellón, 1999, p.37
 - ALVENTOSA DEL RÍO, José Fina., “El derecho a la autonomía de los pacientes”, en CABANILLAS, A., (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, p.199
 - ALVENTOSA DEL RÍO, José Fina., “La declaración de voluntades anticipadas o instrucciones previas” en GÓNZALEZ, José Manuel y Fernando MÉNDEZ (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p.181
 - ALVENTOSA DEL RÍO, José Fina. Capacidad de obrar del menor en el ámbito sanitario y drogodependencias”, *Revista Española de Drogodependencias*, 2013, p. 279
 - ALVES, Alberto., “Habilidades de comunicación: un pilar básico de la competencia clínica”, *Revista del Conarec*, núm. 68, 2003, p. 19
 - ANDORNO, Roberto., *Bioética y dignidad de la persona*, 2º ed., Tecnos, Madrid, 2012, p.44
 - ANDREU, María Belén., *La protección de datos personales de los menores de edad*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 67 y ss.
 - ANDREU, Eduardo., Agustín AZPARREN y Emilio DONAT., “Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva”, *Revista Española de Medicina Legal*, núm. 4, 2013, p.163
 - APPELBAUM, Paul y Alan BATEMAN., “Competency to consent to voluntary Psychiatric hospitalization: A theoretical approach”, *The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, núm. 7, 1979, pp. 390 y ss.
 - APPELBAUM, Paul y Loren ROTH., “Clinical issues in the assessment of competency”, *American Journal Psychiatry*, 1981, pp.1462 y ss.
 - APPELBAUM, Paul y Loren ROTH., “El razonamiento moral y su medición a través del Defining Issue Test de Rest”. *Revista de Psicología de la Educación*, 1989, p. 10 y ss.

- APPELBAUM, Paul., Carl LIDZ y Robert KLITZMAN., “Voluntariness of consent to research: a conceptual model”, *Hastings Center*, núm. 1, 2009, pp.30 y ss.
- ARCOS, María Luisa., *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p.16
- ARENAS, Aurelia., María CASTELLANO., María Teresa MIRANDA y Adoración RECHÉ., “Conocimiento y cumplimiento de los profesionales sanitarios del derecho del paciente a la información clínica” *Revista española de medicina legal*, núm. 1, 2012, p.11
- ASENSIO, Miguel Ángel., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 21
- ASENSIO, Miguel Ángel. *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, Dykinson, Madrid, 2012, p.48
- ARANDA, Remedios., *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999 p.30
- BAHUS, Mark y Robert, FOERDE., “Parents as decision-makers. Do the attitudes of Norwegian Doctors Conform to law?”, *European Journal of Health Law*, núm. 18, 2011, p. 546
- BARREIRO, Agustín., “La relevancia jurídico penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, p.17
- BASADRE, María Pilar., Sofía NAYAS., Nuria LAFUENTE., Cristina BANDRÉS y Francisco GARCÍA., “Consentimiento informado: comunicación eficaz y decisión autónoma” *ROL*, núm. 6, 2008, p.19
- BASTIDA, Francisco José., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p.95
- BASTIDA, Francisco José., “Autonomía del paciente, consentimiento informado y derecho fundamental a la integridad física y moral” en XIOL, Juan Antonio y Francisco José BASTIDA., *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales.*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, p.195
- BEAUCHAMP, Tom y James CHILDRESS., *Principles of Biomedical Ethics*, 5º ed., University Press, New York, 2001, pp.58 y ss.

- BELTRÁN, Juan Luis., “Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados”, *Derecho y salud*, núm. 1, 2012, p.27
- BERCOVITZ, Rodrigo., “Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores”, *Aranzadi*, núm. 11, 2002, p.1987
- BERCOVITZ, Rodrigo., *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y derecho de la persona*, 5º ed., Bercal, Madrid, 2011, pp.70 y ss.
- BERGSMAN, Jurrit y David THOMASMA., *Autonomy and Clinical Medicine. Renewing the Health Professional Relation with the Patient*, Kluwer, Netherlands, 2000, pp. 4 y ss.
- BIJAN, Fateh., “Criminalizing male circumcision?. Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012”, *German Law Journal*, núm. 151, 2012, pp. 1131-1145
- BOLTZMANN, Ludwig., “The advent of child rights on the international scene and the role of the Save the Children International Union 1920-45”, *Refugee Survery Quarterly*, núm. 4, 2008, p.27
- BOHÓRQUEZ, Francisco., “El diálogo como mediador de la relación médico-paciente”, *Revista Iered*, núm. 1, 2004, p. 4
- BORRÁS, Alegría., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado (discurs d’ingrés)”, *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1994, p. 927
- BREEN, Claire., *The standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. 278
- BRIDGEMAN, Jo., *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p.103
- CABALLERO RIBERA, Mónica y Marta BO JANÉ., “El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?”, *La ley*, núm. 6, 1996, p.1491
- CABEDO, Vicente., *Marco constitucional de la protección de menores*, La Ley, Madrid, 2008, p. 27
- CAMPOY, I., *La fundamentación de los derechos de los niños: modelos de reconocimiento y protección.*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 997 y ss.

- CAMPOY, Ignacio., “La progresiva incorporación de los derechos de los niños en el modelo de los derechos humanos”., en PECES-BARBA, Gregorio., Eusebio FERNÁNDEZ., Rafael DE ASÍS., Francisco Javier ANSUÁTEGUI y Carlos FERNÁNDEZ (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales, Tomo IV: Siglo XX*, Dikynson, Madrid, 2013, p.1226
- CANOSA, Raúl., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp.100 y ss.
- CARDONA, Jorge., “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio Siglo XXI*, núm. 2, 2012, p.53
- CARRASCO, Ángel., *Derecho Civil: Introducción*, 3º ed., Tecnos, Madrid, 2011, p. 68
- CORBELLÀ, Josep., *Manual de derecho sanitario*, Atelier, Barcelona, 2006, p.115
- COSTA, Carmen., *La comunicación en el hospital: la gestión de la comunicación en el ámbito sanitario*, Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, Sevilla, 2011, p.135
- DARBY, Robert., “The child’s right to an open future: is the principle applicable to non-therapeutic circumcision?” *The Journal of Medical Ethics*, 2013, p. 5
- DAWSON. Angus., “The determination of the best interests in relation to childhood immunisation”, *Bioethics*, núm. 1, 2005, p. 72
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 45
- DE LA VILLA, Paula., “Las tres “Cartas” Europeas sobre Derechos Sociales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001, p.274
- DE LAMA, Alejandra. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 102
- DE LAS HERAS, Manuel., *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*, Dykinson, Madrid, 2004, p.82
- DE LORA, Pablo., “Caracterización general de la Bioética” en DE LORA, Pablo y Marina GASCÓN., *Bioética. Principios, desafíos, debates*. Alianza, Madrid, 2008, p.43

- DE LUCAS, Francisco Javier y María José AÑÓN., “Necesidades, razones y derechos”, *Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 7, 1990, pp.70-75
- DE MONTALVO, Federico., *Muerte digna y constitución. Los límites del testamento vital*, Comillas, Madrid, 2009, p.67
- DE MONTALVO, Federico., “Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas Español y Norteamericano”, *Derecho privado y constitución*, núm. 26, 2012, pp.223-237
- DE MONTALVO, Federico., “El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p. 295
- DE PALMA, Ángeles., “El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p. 187
- DE PRADA, José María., “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1983, p.392
- DE TORRES, José Manuel., “El tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Anuario de derecho civil*, núm.2, 2006, p.676
- DENA, Davis., *Genetic dilemmas: reproductive technology, parental choices, and children’s futures*, 2º ed., Cambridge University Press, New York, 2010, pp.31-35
- DI PIETRO, María Luisa., Refolo PIETRO y Fermín GONZÁLEZ., “Sobre la responsabilidad de la vacunación” *Cuadernos de Bioética*, núm. 78, 2012, p.326
- DÍEZ-PICAZO, Luis María., “La reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, en LASARTE, Carlos., *La reforma del Derecho de Familia: matrimonio, separación, divorcio, régimen económico matrimonial, filiación y patria potestad*, Universidad Hispalense, Sevilla, 1982, pp. 29 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Familia y derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p.45
- DÍEZ-PICAZO, Luis María., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5º ed., Civitas, Madrid, 1996, p.145
- DÍEZ-PICAZO, Luis María., “Derecho a la vida y a la integridad física y moral”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 2002, p. 16

- DIEZ-PICAZO, Luis María., *Sistema de derecho civil*, 10º ed., Tecnos, Madrid, 2006, p.1992
- DÍEZ, Héctor., “Artículo 154” en BERCOVITZ, Rodrigo., (ed.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.1569
- DÍEZ, Héctor., “Artículo 163” en BERCOVITZ, Rodrigo., (ed.), *Comentarios al Código civil*, 4º ed., Aranzadi, Pamplona, 2013, p.1689
- DOLZ, Manuel Jesús., “El fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992”, *La Ley*, núm. 1, 1996, p. 1592
- DOLZ, Manuel Jesús., “La dimensión universal de la protección de la infancia: Algunas contradicciones”, en IBAÑEZ, A., *Derechos, Justicia y Estado Constitucional: Un tributo a Miguel C. Miravet.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p.51
- DOMÍNGUEZ, Andrés., *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica: comentarios a la Ley 41/2002, de 24 noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2007, p.168
- DOMÍNGUEZ, Pilar., “Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: el derecho a la información sanitaria y pérdida de oportunidad de vacunación”. *Derecho y Salud*, núm. Extra 1, 2011, p.60
- DOYAL, Len y Ian GOUGH., *A theory of human need*, Macmillan Education, Basingstoke, 1991, pp. 49 y ss.
- DRANE, James., “Competency to give an informed consent. A model for making clinical assessments”., *Journal of the American Medical Association*, núm. 252, 1984, pp. 925-926
- DWORKING, Gerald., *The Theory and practice of autonomy*, Cambridge University Press, 1988, p.15
- EEKELAAR, John., “The interest of the child and child wishes: The role of dynamic self-determinism” en ALSTON, Philip., (ed.), *The Best Interest of the Child. Reconciling culture and human rights.*, Unicef, Oxford, 1994, pp.47 y ss.
- ELLISTON, Sarah., *The best interests of the child in healthcare*, Routledge-Cavendish, New York, 2007, p. 18
- ESCOBAR, Guillermo., “Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales”, en CASCAJO, José Luis

- (coord.), *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 586
- ESPEJO, Mariola., Eva MIQUEL., Montse ESQUERDA y Josep PIFARRÉ., “Valoración de la competencia del menor en relación con la toma de decisiones sanitarias: escala de competencia de Lleida”, *Medicina Clínica*, 2011, pp. 26 y ss.
 - ESPÍN, Diego., *Manual de derecho civil español*, 6º ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, p.266
 - ESQUERDA, Montse., Josep PIFARRÉ y Eva MIQUEL., “La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven.”, *Anales de pediatría continuada*, núm. 4, 2013, p. 208
 - FÉLIX, María Ángeles., “El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las confesiones religiosas minoritarias” *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 16, 2000, pp. 190-192
 - FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio., “Capacidad, discapacidad e incapacitación: modificación judicial de la capacidad”, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 2011, p. 54
 - FLÓREZ, José Antonio., “Las habilidades de comunicación del médico en la praxis clínica actual” *Diario Médico*, 2012, p.19
 - FREEDMAN, Benjamin., “Competence, marginal and otherwise: concepts and ethics”, *International Journal of Law and Psychiatry*, núm. 4, 1981, p. 63
 - FREEMAN, Michael., *The rights and wrongs of children*, Frances Pinter, London, 1983, p.45
 - FREEMAN, Michael., *Childrens Rights: A comparative perspective*, Dartmouth, London, 1996, p.5
 - FREEMAN, Michael., *The moral status of children. Essays on the rights of the child*, Martinus Nijhoff, Netherlands, 1997, pp. 7 y ss.
 - FREEMAN, Michael., *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article. 3 The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff, Netherlands, 2007, p.1
 - FORTIN, Jane., “Rights Brought Home for Children”, *Modern Law Review*, núm. 62, 1999, pp. 354 y ss.

- GALÁN, Julio César., “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”, *Revista Médica Uruguaya*, núm. 15, 1999, p.5
- GALÁN, Julio César., *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 175-178
- GALÁN, Julio César., “Consentimiento informado” en GASCÓN, Marina., María del Carmen GONZÁLEZ y Josefa CANTERO (coords.), *Derecho sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 364
- GALÁN, Julio César., *Responsabilidad civil médica*, 3º ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2011, p.73
- GALLEGO, Sergio., “Las instrucciones previas y su regulación jurídica”, en GASCÓN, Marina., María del Carmen GONZÁLEZ y Josefa CANTERO (coords.), *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 506
- GARCÍA, Ángel., “La información al paciente como pieza clave de la Calidad asistencial”, *Revista Clínica de Medicina de Familia*, núm. 2, 2009, p. 278
- GARCÍA, María 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, Navarra, 2004
- GARCÍA, Nicolás., “Algunos aspectos de la responsabilidad penal del personal sanitario” en GASCÓN, Marina., María del Carmen GONZÁLEZ y Josefa CANTERO (coords.), *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p.623
- GARCÍA, Sandra., “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional privado del menor” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, p.537
- GARCÍA-RIPOLL, Matín., *Lecciones de derecho civil. Parte general y derecho de la persona*, 2º ed., Diego Martín, Murcia, 2010, p.222
- GARCÍA, Yolanda., ¿Vacunaciones obligatorias de menores contra la voluntad de los padres?, *Humanitas*, núm. 35, 2009, p.12

- GETE-ALONSO, María del Carmen., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 25 y ss.
- GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa., “Lex Artis y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada”, *Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 17, 2006, p. 70
- GÓMEZ, María del Carmen., *La protección penal de los datos sanitarios. Especial referencia al secreto profesional médico.*, Comares, Granada, 2007, pp. 21 y ss.
- GONZÁLEZ, Luis., “La falta de información y consentimiento informado ¿genera indemnización?”, en ADROHER, Salomé (ed.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 664 y ss.
- GONZÁLEZ, Luis., “La figura y función del “representante” en la legislación sobre instrucciones previas (Ley 41/2002 y legislación autonómica)”, en ADROHER, Salomé (ed.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p.645
- GORDILLO, Lourdes., “¿La autonomía, fundamento de la dignidad?”, *Cuadernos de bioética*, núm. 66, 2008, p. 240
- GRISSO, Thomas y Paul APPELBAUM., *Herramienta de evaluación de la capacidad para tratamiento (MacCAT-T)*, trad. de VENTURA, Tirso., Mercedes NAVÍO., Ignacio ÁLVAREZ y Beatriz BAÓN., Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2014, pp. 10 y ss.
- GUERRERO, José., *El consentimiento informado: su valoración en la jurisprudencia. Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p.34
- HAWES, Joseph., *The children´s rights movement. A history of advocacy and protection*, 7ªed., Twayne, Boston, 1991, pp. 80 y ss.
- HAZARD, Sprague., Robert ALLEN., Victor EISNER., Dale GARELL., Samuel HAMMAR., Thomas SHAFFER., Jerome SHEN., Natalia TANNER y John ALLEN., “A model Act providing for consent of minors for health services”, *American Academy of Pediatrics*, núm. 2, 1973, pp. 293 y ss.

- HERRANZ, Mónica., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 49
- HERRING, Jonathan., “The Welfare Principle and the rights of Parents” en JOHNSON, Paul., Andrew BAINHAM y Shelley DAY., (ed.), *What is a Parent? A Socio-legal Analysis*, Oxford, Hart, 1999, pp.89-105
- HIDALGO, María Victoria., José SÁNCHEZ y Bárbara LORENCE., “Procesos y necesidades de desarrollo durante la infancia”, *Revista de educación*, núm. 2, 2008, p. 86
- HIERRO, Luis., “¿Tienen los niños derechos?: comentario a la Convención sobre los derechos del niño”, *Revista de educación*, núm. 294, 1991, p.232
- HUALDE José Javier., *Manual de derecho civil. Introducción y derecho de la persona*, 3º ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 111
- HUETE, Luis María, *La edad en la legislación*, Dykinson, Madrid, 2000, p.11
- HUTSON, John., “Circumcision: a surgeon’s perspective”, *Journal of Medical Ethics*, 2004, pp. 238-240
- HUXTABLE, Richard., “Autonomy, best interests and the public interest: treatment, non-treatment and the values of medical law”, *Medical Law review*, 2014, p.18
- JONSEN, Albert., *Ética Clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*, Ariel, Barcelona, 2005, p. 105
- JORDANO, Jesús., “La capacidad general del menor”, *Revista de derecho privado*, 1984, pp. 881 y ss.
- KOHLBERG, Lawrence., *Psicología del desarrollo moral.*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1992, pp. 25 y ss.
- KRAPPMANN, Lothar., “The weight of the child’s view (Art 12 of the Convention on the Rights of the Child)”, *The International Journal of Children’s Rights*, núm. 18, 2010, pp.512-513
- LACRUZ-BERDEJO, José Luis, *Elementos de derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 310
- LA CRUZ-BERDEJO, José Luis., *Elementos de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 12

- LLAMAZARES, Dionisio., *Derecho de libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, Civitas, Madrid, 2002, p. 24
- LANSDOWN, Gerison., “The realisation of children’s participation rights: critical reflections” en PERCY-SMITH, Barry y Thomas NIGEL., (ed.), *A Handbook of Children and Young People’s Participation: Perspectives from Theory and Practice*, Routledge, New York, 2010, p.12
- LASARTE, Carlos., *Protección jurídica del menor*, 3º ed., Colex, Madrid, 2014, p.40
- LASARTE, Carlos., *Curso de derecho patrimonial. Introducción al derecho*, 14º ed., Tecnos, Madrid, 2008, p.174
- LAWSON, Rick., “Setting the scene: Human rights and health ethics. Dwelling on the threshold: on the interaction between the European Convention on Human Rights and the Biomedicine convention” en ANDRÉ, D., *Human Rights and Biomedicine*, Maklu, Portland, 2010, p.23
- LÁZARO, Isabel., *Los menores en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, p.107
- LETE DEL RÍO, Javier., *Derecho de la persona*, 3º ed., Tecnos, Madrid, 1996, p.27
- LLEBARÍA, Pedro. *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1990, pp.181 y ss.
- LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción., “Comentario a la resolución de la DGR y N de 20 de enero 1989”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 1991, pp. 91-100
- LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción., *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 91 y ss.
- LIZARRAGA, Emilio., *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p.261
- LO, Ben y Martin KATZ., “Clinical Decision Making during Public Health Emergencies: Ethical Considerations”, *Annals of internal Medicine*, núm. 7, 2005, pp. 493-498
- LÓPEZ, Cristina., *Testamento vital y voluntad del paciente*, Dykinson, Sevilla, 2003, p. 105

- LORDA, Pablo Simón y Luis CONCHEIRO., “El consentimiento informado: Teoría y Práctica (I)”, *Medicina Clínica*, núm. 17, 1993, p. 661
- MACÍAS, Aliana., “Consentimiento informado para intervención distinta a la realmente practicada. Daño moral” *Actualidad Civil*, núm. 15, 2011, p. 1763
- MACLEAN, Paul., “The Human Rights Act 1998 and the individual’s right to treatment”, *Medical Law International*, núm. 4, 2000, p.26
- MALUQUER DE MOTES, Carles., “Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro derecho” en VILLAGRASA, C., (ed.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 155
- MARÍN, José Ángel., “A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 LGS: la relevancia jurídica del consentimiento informado”, *Revista General del Derecho*, núm. 610-611, 1995, p.8238
- MARÍN, Asunción., “La falta de información del médico como causa originadora de daño moral: comentario a la sentencia del TS de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3279)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011, pp. 298-302
- MARSHALL, Dominique., “The construction of children as an object of international relations: The Declaration of Children’s Rights and the Child Welfare Committee of League of Nations, 1900-1924”, *The International Journal of Children’s Rights*, núm. 2, 1999, pp. 103-104
- MARTINELL, Josep., “Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia”, en CASTRO, A. (ed.), *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado: actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2001, pp. 81 y ss.
- MARTÍNEZ, Carmen., “Aspectos éticos en la adolescencia: del menor maduro al adulto autónomo”, *Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia*, núm. 2, 2013, p. 24
- MARTÍNEZ, Luis., *Derecho Médico*, Tecnos, Madrid, 1988, p.188
- MARTÍNEZ, Luis., “Libertad de conciencia y tratamiento médico”, *Persona y Derecho*, núm. 41, 1999, p.415
- MARTÍNEZ, Ricard., *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p.276

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. “La protección civil de la persona por razón de la menor edad (una aproximación teológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)” *Anuario de derecho civil*, núm. 4, 1992, p. 1433
- MASON, Thaddeus., “The Best Interest Standard: Both guide and limit to medical decision making on the behalf of incapacitated patients”, *The Journal of Clinical Ethics*, núm. 2, 2011, pp. 134 y ss.
- MAUGHAN, Barbara., *Child development*, Farnham, Ashgate, 2010, pp. 56 y ss.
- MCGOLDRICK, Dominik., “The United Nation Convention on the Rights of the child”, *International Journal of Law and the Family*, núm. 5, 1991, p.133
- MÉJICA, Juan., *El estatuto del paciente a través de la nueva legislación sanitaria estatal*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p.50
- MIR, Oriol., *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 51 y ss.
- MOORE, Maureen., “Their life is in the blood: Jehovah’s witnesses, blood transfusions and the courts”, *North Kentucky Law Review*, 1983, pp.280 y ss.
- MORENO, Fernando., “Capacidad del menor para decidir”, *Sociedad de Pediatría de Andalucía Oriental*, núm. 4, 2013, p.158
- MORENO, María. *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007, p. 39
- MORENO, María., *Proyección multicultural de la libertad religiosa del menor*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007, p.91
- MORENO, María., “Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial” en NAVARRO-VALLS, Rafael., Joaquín MANTENCÓN y Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, (coords.), *La libertad religiosa y su regulación legal*, Iustel, Madrid, 2009, p. 265
- MORENO, María., “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p. 112
- MORILLAS, Lorenzo., “Aspectos penales del consentimiento informado”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.793

- MOYA, Mercedes., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998, pp. 35-36
- MUIRHEAD, Paul., “When parents and physicians disagree: What is the ethical pathway?”, *Pediatrics & Child Health*, núm. 2, 2004, p.85
- MURILLO, Pablo Lucas., “Las principales características del régimen jurídico de la protección de datos en España” en MURILLO, Pablo Lucas y José Luis PIÑAR., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 26 y ss.
- NAIK, Aanand., Carmel DYER., Mark KUNIK y Laurence McCULLOUGH., “Patient autonomy for the management of chronic conditions: a two-component re-conceptualization”, *American Journal of Bioethics*, núm. 9, 2009, pp. 23-30
- NARVÁEZ, Antonio., “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009, p. 88
- OCHAÍTA, Esperanza y María Ángeles ESPINOSA., “Los derechos de la infancia desde la perspectiva de las necesidades”, *Educatio Siglo XXI*, núm. 2, 2012, p.38
- ORTIZ DE ELGUEA, Javier., “La asistencia sanitaria en la Unión Europea y la libre circulación de usuarios”, *Derecho y salud*, núm. Extra 1, 2003, p.63
- PARKERS, Aisling., *Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to be Heard*, Routledge, London, 2013, p.43
- PELAYO, Ángel., *El derecho de autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada, 2009, p.40
- PIAGET, Jean., *Intelligence and affectivity: their relationship during child development*, Palo Alto, California, 1981, pp.16 y ss.
- PLAZA, Juan., “La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del Paciente, Información y Documentación Clínica”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 560, 2003, p. 4
- PRESNO, Miguel Ángel., *El Derecho Europeo de Familia*, Aranzadi, Navarra, 2008 p. 45
- PUENTE, Verónica., *Minoría de edad, religión y derecho*, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, Madrid, 2001, pp. 274 y ss.

- RAMOS, Enrique., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, p.306
- RAZQUÍN, María., “El consentimiento informado como derecho humano fundamental” en ALENZA, José Francisco y María Luisa ARCOS (dir.), *Nuevas perspectivas jurídico éticas en Derecho sanitario*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 401 y ss.
- REBOLLO, Lucrecio., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp.76 y ss.
- REQUERO, Luis., “Influencia en la Lex Artis en la responsabilidad patrimonial sanitaria”, en CONGRESO NACIONAL DE DERECHO SANITARIO., (ed.), *IX Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario*, Mapfre, Madrid, 2003, p.141
- REVETLLAT, Isaac., “Protección a la infancia en la Legislación Española. Especial incidencia en los malos tratos (Parte General)”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007, p.88
- REVETLLAT, Isaac., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI*, núm. 2, 2012, p. 105
- RIVERA, Joaquín., “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor”, *Revista general del derecho*, núm. 621, 1996, pp. 6501 y ss.
- RIVERO, F., “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 268-269
- RIVERO, Francisco., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 102 y ss.
- ROBERTS, Laura., “Informed consent and the capacity for voluntarism”, *American Journal of Psychiatry*, núm. 159, 2002, pp.705 y ss.
- ROCA, Encarna., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado (discurso de contestación)”, *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1994, p. 926
- ROCA, Encarna., *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.351
- ROCA, Encarna., “Familia y Constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006, p. 209
- RODA, Dionisio., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 41 y ss.

- RODRÍGUEZ, José Ignacio., “La autonomía del menor: su capacidad para otorgar documento de instrucciones previas”, *La ley*, núm. 2, 2005, p. 85
- ROGEL, Carlos., *Derecho de la persona*, Reus, Madrid, 2008, p.39
- ROMEO, Carlos María., *El médico y el derecho penal I, La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, p.357
- ROMEO, Sergio., “Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes”, *La Ley*, núm. 1, 2003, p.1538
- ROMEO, Sergio., “Minoría de edad y aborto: algunas consideraciones sobre consentimiento y confidencialidad” en ADROHER, Salomé (ed.), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p.511
- ROTH, Loren., Alan MEISEL y Charles LIDZ., “Test of competency to consent treatment”, *American Journal Psychiatry*, núm. 134, 1977, pp. 279 y ss.
- ROUCOUNAS, Emmanuel., “The Biomedicine Convention in Relation to Other International Instruments” en ROSCAM, John., (ed), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, p. 27
- ROVIRA, Antonio., *Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 170
- SABATELLO, Maya., *Children’s Bioethics: the international biopolitical discourse on harmful traditional practices and the right of the child to cultural identity*, Brill, Leiden, 2009, p.63
- SÁNCHEZ, Carmen., “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en CABANILLAS, A., (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 958
- SÁNCHEZ, Jacob., “El menor maduro”, *Revista Boliviana de Pediatría*, núm. 193, 2005, p. 156
- SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil. Introducción y derecho de la persona*. 3ºed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 110
- SÁNCHEZ-CALERO, Blanca., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 43

- SÁNCHEZ-CARO, Javier y Fernando ABELLÁN., *Derechos y deberes de los paciente*, Comares, Granada, 2004, p.21
- SÁNCHEZ-CARO, Javier y Fernando ABELLÁN., *Retos en salud pública : derechos y deberes de los ciudadanos*, Comares, Granada, 2011, p.170
- SANCHO, Ignacio., “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *Indret*, núm. 209, 2004, p.17
- SANTOS, María José., “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TCS 154/2002 de 18 de julio”, *La Ley*, núm. 5675, 2002, p.12
- SANTOS María José., “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, p. 64
- SCHERER, David y Dickon REPPUCCI., “Adolescent’s capacities to provide voluntary informed consent: The effects of parental influence and medical dilemmas”, *Law and Human Behavior*, núm. 2, 1988, pp.123 y ss.
- SCHÜKLENK, Udo., “Europe Debates Circumcision, but what about the Child’s best interests”, *Bioethics*, núm. 8, 2012, pp. 12 y ss.
- SEOANE, J.A., “Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España”, *Derecho y Salud*, núm. 2, 2006, p.287
- SEOANE, José Antonio., “Las autonomías del paciente”, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 3, 2010, p.64
- SEOANE, José Antonio., “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *Eidon*, núm. 39, 2013, pp. 30-31
- SERRANO, José Antonio., “Artículo 154” en SIERRA., I., (ed.), *Comentarios del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2006, p.444
- SERRANO, Ignacio., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p.32
- SIMÓN, Pablo., “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 2, 2008, p. 327
- STALFORD, Helen., “Are We There Yet?: the Impact of the Lisbon Treaty on the EU Children’s Rights Agenda”, *International Journal of Children’s Rights*, núm. 19, 2011, pp.381 y ss.

- STALFROD, Helen., *Children and the European Union. Rights, Welfare and Accountability*, Hart, Oxford, 2012, pp. 34 y ss.
- STALFORD, Helen y Eleonor DRYWOO., “Coming of age? Children’s rights in European Union”, *Common Market Law Review*, núm. 46, 2009, p.146 y ss.
- STURMAN, Edward., “The capacity to consent to treatment and research: A review of standardized assessment tools”, *Clinical Psychology Review*, núm. 25, 2005, pp.954-974
- SVOBODA, Steven y Robert VAN-HOWE., “Out of step: fatal flaws in the latest APP policy report on neonatal circumcision”, *The Journal of Medical Ethics*, 2013, pp. 756 y ss.
- TARDÍO, José Antonio., *Los principios generales del derecho*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 164-165
- TARODO, Salvador., *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005, p. 311
- TOEBES, Brigit., “The right to health, and the other health-related rights” en TOEBES, Brigit., Mette HARTLEV, Aart HENDRIKS y Janne ROTHMAR., (ed.), *Health and Human Rights in Europe*, Intersentia, Belgium 2012, p.49
- TOMÁS-VALIENTE, Carmen., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE)”, en CARBONELL Juan Carlos (coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.1851
- TRONCOSO, Antonio., *La protección de datos personales. En busca del equilibrio.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.1152
- URIBE, Antonio., “La representación de los hijos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1983, p.261
- VAN BUEREN, Geraldine., *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, London, 1995, p. 8
- VALERIUS, Jukka., “The value of autonomy in medical ethics”, *Medicine, Health Care, and Philosophy*, 2006, p. 377
- VALERO, Ana., *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional.*, Universitat de València, Valencia, 2004, p.45

- VENTOSO, Alfonso., *La representación y disposiciones de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, pp. 145-146
- VICEDO, Juan., *Información al paciente, documentación clínica y voluntades anticipadas*, Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la Provincia de Alicante, Alicante, 2003, p. 40
- WHITE, Sarah. “Being, Becoming and Relationship: Conceptual Challenges of a Chil Rights Approach in Development”, *Journal of International Development*, núm. 14, 2002, p. 1098
- XÍOL, Juan Antonio., “El médico responsable” en XÍOL, Juan Antonio y Francisco José BASTIDA., *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, p.53
- ZERMATTEN, Jean., “El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico”, *Institut International des droits de l'enfant*, núm. 3, 2003, p.11
- ZERMATTEN, Jean., “The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function”, *International Journal of Children's Rights*, núm. 18 , 2010, pp.485 y ss.