

El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el *common law*

DAVINIA CADENAS OSUNA

Doctora en Derecho

por la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

RESUMEN

En el presente artículo nos proponemos estudiar detenida y detalladamente el régimen jurídico aplicable en España al menor de edad en lo que a la prestación del consentimiento informado y el rechazo al tratamiento o intervención médico-sanitaria se refiere, realizando una comparativa entre la regulación sobre el particular antes y tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que confiere una nueva redacción al artículo 9 de 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. La abordada en el presente trabajo constituye una de las cuestiones más problemáticas de las que plantea en la práctica la obtención del consentimiento informado por los profesionales sanitarios. Por esta razón, consideramos necesaria la exposición del régimen jurídico vigente en España y su comparación con el tratamiento conferido a dicho asunto en el common law inglés, con el fin de poder inferir de tal visión comparativa unas conclusiones que nos permitan mejorar el tratamiento jurídico que en nuestro país se confiere a la problemática examinada.

PALABRAS CLAVE

Consentimiento informado, menor de edad, menor maduro, consentimiento por representación.

ABSTRACT

In this paper, our purpose is studying thorough and in detail the regulation of the informed consent and the refusal given by the minor in Spain,

comparing the regulation before and after the Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, which gives a new wording to the section 9 of the 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. It is one of the most problematic questions posed when obtaining the informed consent by doctors in practice. For this reason, we consider necessary the explanation of the regulation in Spain and its comparison with the treatment of this topic by English common law, in order to arrive to some conclusions that let us improve our treatment of the question.

KEYWORDS

Informed consent, refusal, minor competent, Gillick competence.

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Prestación del consentimiento por el menor de edad en España.* 2.1 Minoría de edad y capacidad de obrar. 2.2 Derechos de la personalidad y menor de edad. 2.3 Menor en el ámbito sanitario. a) Menores de edad no emancipados y por debajo de los dieciséis años. b) Menores de edad emancipados o con dieciséis años cumplidos. 2.4 Conclusiones.—3. *Consentimiento por el menor de edad en Inglaterra.* 3.1 Sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969*. 3.2 *Gillick case*: el punto álgido en el impulso de la autonomía del menor. 3.3 Evolución posterior a *Gillick*. 3.4 Conclusiones.—4. *Comparativa.*—5. *Jurisprudencia citada.* 5.1 España. 5.2 Inglaterra.—6. *Bibliografía citada.*

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos proponemos estudiar con detalle el régimen jurídico aplicable a los supuestos en que un paciente menor de edad pretende adoptar una decisión relativa a su salud, sea en el sentido de aceptar el procedimiento propuesto o de rechazarlo. Dicho estudio lo abordamos desde una doble perspectiva comparatista: de un lado, comparamos la regulación vigente en España antes y después de la reforma operada en 2015, a fin de poner de relieve los cambios producidos y la senda que parece seguir el legislador en lo que a la regulación del consentimiento por el menor de edad se refiere; de otro, comparamos el régimen jurídico vigente en España y en Inglaterra con el fin de poder mejorar nuestra propia regulación sobre el particular con las distintas y preferibles soluciones que, en su caso, podamos encontrar en el *common law* inglés.

La abordada constituye una de las cuestiones más problemáticas que se plantean en sede de consentimiento informado, no solo

en España (donde dicha problematicidad quizás se deba en gran medida a la confusa literalidad de la Ley), sino también en otros países de nuestro entorno geográfico, como Inglaterra, donde se observa una evidente evolución en la jurisprudencia hasta llegar a una serie de principios hoy asentados en esta materia. Nos parece interesante la comparación de los regímenes jurídicos aplicables en España e Inglaterra debido a que, entre ellos, se observan algunas semejanzas (como la distinción de tratamientos legales diferentes dependiendo de la edad del paciente), pero, también, importantes desigualdades, entre las que podemos destacar el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en Inglaterra, ni la Ley ni la jurisprudencia españolas establecen regímenes distintos para el consentimiento y el rechazo al tratamiento, si bien se exige, por lo general, un mayor nivel de capacidad al paciente si lo que pretende es rechazar el tratamiento, habida cuenta de que las consecuencias del rechazo a un procedimiento propuesto por los profesionales sanitarios son normalmente más graves que las de consentir el mismo¹.

A continuación procedemos al estudio del régimen legal que el ordenamiento jurídico español establece para la prestación del consentimiento informado por el menor de edad y la interpretación que la jurisprudencia hace del mismo para, en los epígrafes siguientes, estudiar el tratamiento de la cuestión en Inglaterra y llegar a una serie de conclusiones comparativas entre ambos regímenes, intentando colegir del inglés aquéllos aspectos que puedan resultar de utilidad para mejorar el tratamiento de la cuestión contemplado en el ordenamiento jurídico español.

2. PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR EL MENOR DE EDAD EN ESPAÑA

Antes de adentrarnos en el estudio del régimen específico previsto para la prestación del consentimiento informado por el menor

¹ Más adelante en nuestra exposición veremos que la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2012 sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, de 3 de octubre de 2012 (JUR 2012/332864) (en lo que sucede, Circular 1/2012), hace referencia expresa al régimen aplicable al rechazo al tratamiento por el menor de edad. No obstante, nuestra legislación, ni antes ni después de la reforma introducida en 2015, establece un régimen específico para el rechazo al tratamiento, con lo que los artículos 9.3.c) y 9.4 de 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 (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002) (en adelante, LAP) se aplican al menor de edad con independencia de si su voluntad es de consentir o de rechazar el procedimiento propuesto.

de edad en el ámbito sanitario, reputamos ineludible la exposición preliminar de una sarta de nociones básicas de Derecho civil sobre la capacidad de obrar de los menores de edad.

2.1 MINORÍA DE EDAD Y CAPACIDAD DE OBRAR

Este apartado hemos de comenzar con una afirmación que al lector, muy probablemente, le parecerá de Perogrullo: menor de edad es todo aquél que no ha alcanzado la mayoría de edad. Este aserto, que en principio puede parecer que peca de absurdo por su obviedad, no es en absoluto baladí. Y es que, ni la CE ni nuestro CC esclarecen cuándo finaliza la minoría de edad, siendo el enfoque justamente el inverso; en otros términos, la CE y el CC nos ilustran la edad de inicio de la mayoría de edad, de modo que «[l]a minoría de edad se define formalmente por contraposición a la mayoría de edad»². De esta suerte, el examen de la minoría de edad debe comenzar, imperiosamente, abordando la mayoría de edad.

La mayoría de edad (igual que la minoría) es un estado civil que implica para el sujeto el tránsito de un estatus caracterizado por su sometimiento a la patria potestad (o tutela) de sus responsables parentales (o tutor), y la consiguiente limitación de su capacidad de obrar, al reconocimiento de su plena capacidad de obrar en el ámbito jurídico. Cuándo se llega a la mayoría de edad es una cuestión que no encuentra una respuesta unitaria en los distintos ordenamientos jurídicos, existiendo países en los que se alcanza a los dieciséis (v.g., Escocia), a los dieciocho (v.g., España³) e, incluso, a los veintiún años (v.g., Irlanda), y todo ello sin salir del continente europeo. Y es que, si bien es cierto que la edad legal para alcanzar la mayoría se pretende determinar en atención al desarrollo físico e intelectual del sujeto, finalmente son los propios legisladores estatales los que, conforme a su arbitrio (que no arbitrariedad ni capricho) fijan tal edad. ¿Por qué en España los dieciocho años? ¿Todos los sujetos maduran en España a dicha edad? ¿Por qué en

² PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles y ARENAS GARCÍA, Rafael, «Minoría de edad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo, I, GETE-ALONSO CALERA, M.^a del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 583.

³ El artículo 1 de la Ley de 13 de diciembre de 1943 sobre fijación de la mayoría de edad civil (BOE núm. 349, de 15 de diciembre de 1943) decía como sigue: «A los efectos civiles, la mayoría de edad empieza, para los españoles, a los veintiún años cumplidos». No obstante, nuestro texto constitucional reduce la mayoría de edad a los dieciocho años y, posteriormente, en aras de adaptar nuestra legislación a las previsiones constitucionales, la Ley 11/1981, de 13 de mayo (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981) modifica el artículo 315 CC, cuyo primer párrafo pasa a tener la siguiente literalidad: «La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos».

Escocia los dieciséis años? ¿Maduran antes las personas en Escocia que en España? Parece evidente que no...

Como hemos señalado, la mayoría de edad en España se alcanza al cumplir los dieciocho años, tal y como declaran los artículos 12 CE y 315 CC⁴. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico establece diversos supuestos en los que un sujeto, pese a no haber cumplido aún la edad legal para alcanzar la mayoría, puede realizar ciertos actos con eficacia jurídica⁵. A título meramente ejemplificativo, podemos citar el artículo 663.1.º CC⁶ o el 9.4 LAP⁷.

Haciendo una interpretación *a contrario* de lo hasta ahora expuesto, podemos colegir que el menor de edad es aquel sujeto que no ha cumplido aún los dieciocho años y, por consiguiente, si bien goza de plena capacidad jurídica desde su nacimiento, esto es, de «aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones», por constituir ésta «una cualidad esencial de la persona que ostenta por el mero hecho de serlo»⁸, no tiene reconocida por nuestro ordenamiento jurídico una capacidad de obrar plena, entendida ésta como «la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos»⁹. No queremos con ello ni siquiera insinuar que el menor

⁴ La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 1, señala que «[p]ara los efectos de la presente Convención, 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». De esta suerte, se excluye del ámbito de la aplicación del convenio a quienes, aunque no hayan cumplido aún los dieciocho años, sean considerados mayores de edad por sus respectivas leyes nacionales.

⁵ Estas situaciones son denominadas con cierta frecuencia, sin excesivo rigor técnico, «mayorías de edad especiales». No obstante, a diferencia de lo que ocurre cuando el sujeto cumple los dieciocho años, no se produce en tales supuestos «especiales» la extinción de la patria potestad o tutela a la que estuviera sometido el menor, ni se le reconoce una plena capacidad de obrar en el ámbito jurídico, sino que únicamente (aunque no es baladí) se le presume *iuris tantum* la capacidad para realizar ciertos actos jurídicos, consecuencia ésta que se deriva también cuando el sujeto cumple la edad fijada en los artículos 12 CE y 315 CC, si bien en este último caso la presunción *iuris tantum* de capacidad se extiende a la realización de cualquier acto jurídico.

⁶ Conforme a este precepto, no tienen capacidad para testar los menores de catorce años. *A sensu contrario*, podemos interpretar que los mayores de catorce años tienen capacidad de obrar para otorgar testamento, evidentemente, siempre que los mismos tengan capacidad natural suficiente para ello (art. 663.2.º CC), capacidad natural que, sin embargo, se les presume *iuris tantum*. A lo dicho hay que oponer una excepción, a saber, el testamento ológráfico, para cuyo otorgamiento se exige la mayoría de edad (art. 688.1.º CC).

⁷ Este precepto fija los dieciséis años como edad a partir de la cual se presume *iuris tantum* la madurez del menor para consentir toda actuación a realizar en el ámbito de su salud, excepto aquéllas que comporten grave riesgo para la vida o salud del menor –*vid. infra*, apartado 2.3.b)–, razón por la que se afirma que dicho precepto establece una suerte de «mayoría de edad sanitaria» (GALÁN CORTÉS, Julio César, «El consentimiento informado en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 47, diciembre de 2009, p. 14).

⁸ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio et al. (coords.), Civitas, Madrid, 2003, p. 956.

⁹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, *Capacidad natural...*, *op. cit.*, p. 956.

de edad carece por completo de capacidad de obrar. Nada más lejos de la realidad. Simplemente, que no tiene una capacidad de obrar plena o, en otros términos, que tiene una capacidad de obrar limitada, que se irá ampliando de modo gradual (se trata, por tanto, de una capacidad dinámica). De esta suerte, las limitaciones a la capacidad de obrar del menor de edad se irán removiendo progresivamente en atención a alguno de los criterios que siguen.

En primer lugar, un criterio cronológico basado exclusivamente en la edad del menor, conforme al cual se establecen ciertas etapas en su desarrollo biológico, ampliándose su capacidad de obrar al cumplir las diferentes edades de referencia. Como podemos comprobar, este modelo permite llegar a soluciones estandarizadas, aplicables a todos los menores con independencia de su desarrollo psicológico, respondiendo con ello a las exigencias de la seguridad jurídica.

En segundo lugar, un criterio basado en la madurez o discernimiento del menor, que pretende la adopción de decisiones personalizadas y, en consecuencia, más adecuadas desde la perspectiva de la Justicia material.

Por último, un criterio «mixto», fruto de la combinación de las dos formulaciones «extremas» anteriores. Ésta parece ser la pauta seguida en nuestro ordenamiento jurídico, pues, si bien para ciertos actos tanto el CC como diversas leyes especiales fijan edades concretas a partir de las cuáles se presume *iuris tantum* al menor la madurez suficiente para su realización («escala legal de edades»¹⁰), respecto de otros actos se ha de valorar *ad hoc* si el menor ostenta el grado de madurez necesario para realizarlos (v.g., los actos relativos a los derechos de la personalidad, *ex art.* 162.1.º CC), todo ello teniendo como telón de fondo los dieciocho años por entrañar el inicio de la mayoría de edad.

En definitiva, no se puede exponer la discusión «mayoría de edad-minoría de edad» en términos dicotómicos de «plena capacidad de obrar-incapacidad de obrar». El menor de edad no es un incapaz, sino que tiene una capacidad de obrar limitada¹¹, depen-

¹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *Anuario de Derecho Civil*, v. 45, núm. 4, 1992, p. 1422.

¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 174; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *La protección...*, *op. cit.*, p. 1433; SANTOS MORÓN, María José, «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales», *Diario La Ley*, Año XXIII, núm. 5675, 2002, p. 3; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, El Valor de la Autonomía del Paciente en la Ley 41/2002, del 14 de Noviembre, Reguladora de los Derechos y Deberes de los Pacientes, en AA. VV., *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, CIENFUEGOS SALGADO, David y MACÍAS VÁZQUEZ, María Carmen (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 121.

diendo la extensión de dichas limitaciones de su edad biológica, madurez y del concreto acto que se propone realizar¹². Como podemos comprobar, no es posible el establecimiento de un régimen jurídico unitario aplicable a todo menor de edad (con independencia de su edad biológica y de su madurez) en lo que a la eficacia jurídica de sus actos se refiere, pues, tomando en préstamo las palabras de RIVERO HERNÁNDEZ, «[n]o hay [...] *menor* sino *menores*»¹³.

2.2 DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y MENOR DE EDAD

Como hemos señalado en el apartado precedente, toda persona tiene, desde su nacimiento, capacidad jurídica; esto se traduce en que todo menor de edad tiene aptitud para ser sujeto de derechos. No constituyen una excepción los derechos de la personalidad, puesto que, al proteger éstos los «atributos de la persona que constituyan parte integrante de su esencia»¹⁴ (*id est*, los bienes de la personalidad), su titularidad no deriva de la edad del sujeto, sino de la dignidad intrínseca a su propia condición de persona¹⁵. Ahora

¹² Estas limitaciones, por exigencia de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996) (en adelante, Ley Orgánica 1/1996), deben interpretarse restrictivamente, al afirmar su artículo 2 lo que sigue: «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en interés superior del menor».

¹³ Estas palabras las escribe RIVERO HERNÁNDEZ como conclusión a un razonamiento que, por su claridad expositiva, reputamos oportuno transcribir íntegramente: «[...] no debe olvidarse que dentro de la minoría de edad quedan comprendidas edades y situaciones tan distintas como son la del niño de tres meses o tres años y la del joven de quince o diecisiete años, que no pueden ser tratadas de idéntica forma. En el primero (incluso hasta los ocho o diez años) está poco desarrollada la razón, el ámbito de lo inteligible, y mucho más en cambio el de los sentimientos, que requieren especial atención. En el adolescente se va desarrollando el conocimiento (del mundo y de la vida, que importan aquí más que el de las matemáticas) y el entendimiento; el terreno de los sentimientos cede protagonismo ante el racional, no ya en importancia (que conserva), sino en el orden decisorio; el adolescente conoce más y mejor; por ello puede y debe intervenir en todo aquello que le interesa, opinando (audiencia) o decidiendo directamente. No hay, pues, *menor* sino *menores*» (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, 2.ª edición, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 176-177). En la misma línea, afirman PARRA LUCÁN y ARENAS GARCÍA que «[n]o hay una situación del «menor de edad», sino que hay «pluralidad de menores». Todo ello tiene su lógica si pensamos que, legalmente, son menores de edad un recién nacido, un niño de tres años y uno diecisiete [*sic*], y parece razonable que no reciban el mismo trato» (PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles y ARENAS GARCÍA, Rafael, *Minoría de...*, *op. cit.*, p. 596).

¹⁴ BUSTOS PUECHE, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2.ª edición, Dykinson, Madrid, 2008, p. 18.

¹⁵ MORENO ANTÓN, María, «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *AFDUAM*, El Menor ante el Derecho en el siglo XXI, núm. 15, DÍAZ MAROTO, Julio y RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María (eds.), UAM y BOE, Madrid, núm. 15, 2011, p. 97. Los derechos de la personalidad pueden ser definidos, en palabras de Díez GARCÍA, como «todos aquéllos que pretenden garantizar a la persona el goce y respeto de su propia

bien, habida cuenta de que el menor de edad tiene limitada su capacidad de obrar, nos preguntamos si el mismo puede ejercer con eficacia jurídica sus derechos de la personalidad¹⁶.

El estudio de esta cuestión debe partir del tenor literal del artículo 162.1.º CC, que, en su primer inciso, excluye de la representación legal que los padres ejercen sobre sus hijos menores no emancipados sujetos a patria potestad «[l]os actos relativos a derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo»¹⁷⁻¹⁸, exclusión cuyo alcance ha de

entidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y espirituales» –DÍEZ GARCÍA, Helena, «Artículo 162», en AA. VV., *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, edición digital, p. 430–. Sostiene DE LAMA AYMÁ que todos los derechos de la personalidad comparten la naturaleza de fundamentales, por derivar de la dignidad intrínseca a toda persona, con independencia de que vengan reconocidos expresamente en nuestro texto constitucional como tales. De esta manera, «deberán incardinarse los derechos de la personalidad no reconocidos expresamente como fundamentales en otros derechos que sí lo estén. Es decir, deberá buscarse la fórmula para incardinar el derecho de la personalidad no recogido como derecho fundamental en otro derecho que sí esté reconocido como tal mediante la búsqueda de un elemento conexo que permita hacer del derecho fundamental en cuestión una interpretación amplia e inclusiva del derecho de la personalidad no recogido expresamente como derecho fundamental» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 33). En esta línea, tanto el TS como el TC reconocen al consentimiento informado en el ámbito sanitario la naturaleza de derecho fundamental, por derivación de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Por todas, SSTs de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3), 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197) y 19 de junio de 2007 (RJ 2007/5572), y la STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37). No obstante, no ha de olvidarse que el derecho al nombre, innegable derecho de la personalidad, es desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico por ley ordinaria, fundamentalmente la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011), «con lo que parece que al menos para el legislador no se trata de un derecho fundamental» –GARCÍA RUBIO, María Paz, «Los derechos de la personalidad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo, II, GETE-ALONSO CALERA, M.ª del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 605).

¹⁶ Esta cuestión nos resulta de gran relevancia debido a que el derecho a prestar el consentimiento informado se incardina entre los derechos de la personalidad de todo sujeto, y, evidentemente, también del menor de edad, pues, como afirma ALVENTOSA DEL RÍO, «[l]as decisiones sobre su estado de salud [del menor] serían decisiones que afectarían a su integridad física y a su vida y, por tanto, serían actos relativos a derechos de la personalidad» –ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, «El derecho a la autonomía de los pacientes», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio *et al.* (coords.), Civitas, Madrid, 2003, p. 197.

¹⁷ En sede de tutela, afirma el artículo 267 CC lo que sigue: «El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación». A nuestro entender, pese a que el precepto transcrito no contiene referencia alguna a la madurez del menor como presupuesto para la ejecución personal de las actuaciones que le incumben, los actos relativos a los derechos de la personalidad del menor sujeto a tutela puede realizarlos éste personalmente (es decir, con exclusión de la representación legal que entraña la tutela) cuando, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitarlos *per se*, pues, en dichos supuestos, existe una ley que habilita al menor para realizar tales actos (cumpliéndose, por consiguiente, la exigencia del artículo 267 CC), a saber, el artículo 162.1.º CC, cuya aplicación analógica al caso presente entendemos plausible.

¹⁸ El homólogo al artículo 162.1.º CC en la derogada Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña (BOE núm. 198, de 28 de septiembre de 1998) lo encontramos en el artículo 155.2.a), que exceptuaba de la representación legal atri-

ser interpretado de forma prudente en aras de no vaciar de contenido la representación legal que los padres ostentan respecto de sus hijos sujetos a patria potestad¹⁹. Observamos cómo es la madurez del menor el presupuesto que lo habilita para realizar personalmente los actos relativos a derechos de la personalidad, con exclusión de la representación legal ejercida por sus responsables parentales; dicho de otro modo, los menores sujetos a patria potestad pueden realizar aquellos actos relativos a derechos de la personalidad (como prestar el consentimiento informado en el ámbito sanitario) cuando tengan madurez suficiente para ello²⁰, prevaleciendo, aun-

buida al padre y a la madre «[e]ls actes relatius als drets de la personalitat, llevat que les lleis que els regulin ho disposin altrament». Como podemos comprobar, existían dos diferencias fundamentales entre el precepto catalán y el patrio. De un lado, el Código de Familia no hacía referencia a la madurez como condición para el ejercicio por el menor de sus derechos de la personalidad. De otro, el precepto catalán permitía la representación legal de los hijos sujetos a patria potestad por sus padres en el ámbito de los derechos de la personalidad cuando así lo posibilitara la Ley. Interpretando conjuntamente ambas conclusiones, coincidimos con DE LAMA AYMÁ en que del precepto autonómico «parece deducirse que, salvo que una ley la prevea de forma excepcional, la representación queda excluida en el ámbito de los derechos de la personalidad exista o no madurez suficiente del menor de edad» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 71). No obstante, la ley catalana de 1998 es derogada por la vigente Ley 25/2010, de 29 de julio, del Código Civil de Cataluña (Libro Segundo – Persona y Familia) (DOGC núm. 5686, de 5.8.2010; BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010), cuyo artículo 211-5.a) declara: «El menor puede hacer por sí solo, según su edad y capacidad natural, los siguientes actos: a) Los relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen establezcan otra cosa». De este modo, el nuevo precepto autonómico, con una literalidad que se asemeja en lo sustancial al artículo 162.1.º CC, establece un «modelo intermedio o ecléctico», que «si bien parte de la tesis de la madurez, no renuncia a la oportunidad de prever, para actos de especial trascendencia –tanto personal como patrimonial–, ciertos límites objetivos expresamente predefinidos por la norma, fundamentados en el simple *factum* de que se haya o no alcanzado una edad previamente estipulada. En otras palabras, tan solo se reconocerá, o mejor dicho se presumirá, la capacidad natural a partir de un específico momento cronológico, que oscilará en atención a la naturaleza de los hechos ante los que nos encontremos» –RAVELLAT BALLESTÉ, Isaac, «La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipado a la luz del Libro II del Código civil de Cataluña (arts. 211-3 y 211-5)», *InDret*, núm. 3, 2017, p. 8–.

¹⁹ VALPUESTA FERNÁNDEZ advierte de los peligros que una interpretación «magnánima» del primer párrafo del artículo 162 CC entrañaría: «Qué duda cabe que cualquier contrato cuyo contenido consista en una prestación personal, de una u otra forma implica en su cumplimiento a alguno de estos derechos [de la personalidad], máxime cuando la formulación de los mismos, que escapan a cualquier enumeración taxativa, abarcan todos los aspectos de la personalidad humana; por lo que parece que una magnánima interpretación del primer apartado del artículo 162, vaciaría de contenido al último párrafo del mismo, así como dejaría bastante obsoleta la representación legal, en perjuicio, incluso, del propio hijo» (VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, «Separata. El trabajo del menor de edad», en *La tutela de los derechos del menor. 1.º Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1984, pp. 426-427).

²⁰ Se habla en estos supuestos de «menor maduro», cuya base teórica «se halla en el principio de que los derechos de la personalidad y otros derechos civiles pueden ser ejercitados por el individuo desde el mismo momento en que éste es capaz de disfrutarlos, lo que puede suceder, y seguramente sucede con gran frecuencia, bastante antes de los 18 años» –GRACIA GUILLÉN, Diego *et al.*, «Toma de decisiones con el paciente menor de edad», en AA. VV., *Ética en la práctica clínica*, GRACIA GUILLÉN, Diego y JÚDEZ GUTIÉRREZ, Francisco Javier (eds.), Triacastela, Madrid, 2004, p. 133–.

que parezca contravenir la seguridad jurídica, «el criterio casuístico frente al cronológico»²¹.

Madurez es equivalente, por lo general, a capacidad natural, si bien el primero de los términos se reserva para los menores de edad mientras que, por su parte, la locución capacidad natural se suele utilizar en relación con los adultos²². Ambas nociones hacen referencia a la capacidad cognitiva, intelectual y volitiva de la persona en general y, en lo que a nosotros nos interesa a los efectos del presente trabajo, del menor de edad. Así, en palabras de ALVENTOSA DEL RÍO, «el suficiente grado de madurez implica el conocimiento del contenido de los derechos que se ejercitan y de los efectos y consecuencias de este ejercicio»²³. Sin embargo, el criterio de la madurez, pese a ser el utilizado por el artículo 162.1.º CC con relación al ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor de edad, conlleva un problema esencial, a saber, la dificultad de determinar en la práctica cuándo el menor cumple las condiciones de madurez necesarias para el ejercicio de un cierto derecho de la personalidad. Un adecuado abordaje de la cuestión planteada exige, inexcusablemente, escapar a la tentación de proponer respuestas abstractas, absolutas y pretendidamente válidas para todos los supuestos. La realidad es mucho más compleja, pues la madurez que se exige al menor de edad para ejercitar sus derechos de la personalidad depende del concreto derecho de que se trate y del espe-

²¹ SANTOS MORÓN, María José, «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», *AFDUAM*, El Menor ante el Derecho en el siglo XXI, núm. 15, DÍAZ MAROTO, Julio y RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María (eds.), UAM y BOE, Madrid, 2011, p. 64.

²² La identificación «madurez-capacidad natural» es predicable en la generalidad de los supuestos. Sin embargo, hay situaciones en las que el paciente sufre una enfermedad que le provoca una merma cognitiva (v.g., anorexia nerviosa), en cuyo caso el sujeto, aun pudiendo ser en principio maduro, puede no reunir las condiciones de capacidad natural suficientes para prestar el consentimiento informado a una determinada actuación sanitaria (v.g., la alimentación artificial). En tales supuestos se impone la distinción entre inmadurez e incapacidad y, en todo caso, «[s]e deberá valorar [...] en qué momento se encuentra el desarrollo cognitivo y emocional del paciente y si está influido o no por la enfermedad» (VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, «La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular: la anorexia nerviosa», *Revista de Derecho Privado*, año 91, mes 5, 2007, pp. 50-51).

²³ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *El derecho...*, op. cit., p. 198. A nivel normativo, el Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía, en su artículo 2.f), define la madurez psicológica como el «[d]esarrollo suficiente de la capacidad intelectual y volitiva de la personalidad, que le permite la toma de decisiones con un conocimiento apropiado de su fundamento, una previsión razonable de sus consecuencias y una asunción lógica de las mismas, de forma adecuada al contexto». En sentido similar, la Observación General núm. 12 del Comité de Derechos del Niño, sobre «El derecho del niño a ser escuchado» (CRC/C/CG/12, 20.7.2009), disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en (última consulta el 12.9.2018), define en su párrafo 30 la «madurez» como «la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado».

cífico acto que pretenda realizar. Así, con relación al derecho a prestar el consentimiento informado en el ámbito sanitario, no se le exige al menor el mismo grado de madurez para consentir una auscultación médica que una intervención quirúrgica de apendicectomía. En suma, es necesaria una valoración *ad hoc* de la madurez del menor para el ejercicio de sus derechos de la personalidad²⁴.

Ahora bien, la excepcional relevancia que exhibe la madurez del menor como presupuesto que lo habilita para el ejercicio de los derechos de la personalidad contrasta con la ingente dificultad que entraña en la práctica la valoración de su capacidad debido a la ausencia en nuestro país de un protocolo estandarizado y validado para la evaluación objetiva de la madurez del menor²⁵. En el ámbito sanitario, pese a que el artículo 9.3.c) LAP (regulador del consentimiento por representación en el concreto supuesto de los

²⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...*, *op. cit.*, pp. 181-182; MORENO ANTÓN, María, *La libertad...*, *op. cit.*, p. 97; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, *Capacidad natural...*, *op. cit.*, p. 960; SANTOS MORÓN, María José, *Menores y...*, *op. cit.*, p. 64. Sobre la problemática abordada en las líneas presentes se pronuncia con elevada lucidez la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 3 de marzo de 1989 (RU 1989/2380), que transcribimos parcialmente: «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.* art. 162-1.º 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.* arts. 46, 443, 662, 992, 1246 y 1263 del Código Civil, y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.), lo que permite afirmar que si 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 (arts. 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad». Este razonamiento es reproducido por el mencionado organismo en su resolución de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/3631), con cita de la precedente de 3 de marzo de 1989. En sentido similar se pronuncia la Fiscalía General del Estado en Instrucción de 15 de marzo de 2006 (JUR 2006/94040), que dice como sigue: «el Código Civil (LEG 1889, 27) no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor. Existen, eso sí, en el CC y en Leyes especiales, preceptos en relación con materias concretas en los que se dota al menor (en unos casos al mayor de doce años, en otros al mayor de catorce y en otros al mayor de dieciséis) de autonomía para la realización de actos con trascendencia jurídica o se exige su audiencia. Los intentos de la doctrina científica para tratar de llegar a principios generales partiendo de las disposiciones específicas han sido múltiples pero infructuosos. La inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate».

²⁵ SIMÓN LORDA, Pablo y BARRIO CANTALEJO, Inés, «La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias: un problema ético y jurídico», *Revista Española de Pediatría* vol. 53, núm. 2, 1997, pp. 107-118; DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen, «El consentimiento informado en menores y adolescentes: contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas», *Información psicológica*, n. extra 100, septiembre-diciembre de 2010, p. 66.

menores de edad) no dilucida quién ha de valorar la madurez del menor para prestar el consentimiento informado, de la interpretación sistemática de la LAP y, esencialmente, de sus artículos 5.3 y 9.3, se deduce que es el médico responsable de la asistencia al que corresponde realizar dicho juicio de capacidad²⁶. Sin embargo, el facultativo no cuenta para realizar una labor de tan ingente relevancia con protocolo alguno que le ilustre, con mayor o menor detalle, sobre cómo realizar tal juicio de capacidad, lo que le genera una gran sensación de desasosiego e inseguridad. Habida cuenta de que muchos profesionales sanitarios no tienen formación especializada que les permita realizar dicha tarea con una destreza suficiente, lo idóneo es acudir a especialistas en psicología infantil, profesionales que pueden adentrarse en la psique del menor de edad en aras de aprehender su capacidad para entender la información asistencial y para adoptar una decisión inteligente sobre el curso de acción sanitaria a seguir. No obstante, pese a no ser especialistas en la materia, no nos resistimos a sugerir, con absoluta cautela, una reflexión que nos parece evidente: la madurez del menor no está necesariamente anudada a su edad biológica. Obviamente, un sujeto con dieciocho años cumplidos, en la generalidad de los casos, presenta mayor grado de madurez que un menor que recién ha cumplido los catorce años y, ni que decir tiene, que aquél de solo tres meses de edad. Sin embargo, la madurez de las personas no se conecta de modo inmediato y directo con su edad biológica, sino con su «edad mental o desarrollo psíquico, que no guarda rigurosa equivalencia con aquélla»²⁷, sino, más bien, con sus experiencias vitales²⁸. Las personas se desarrollan en patrones de socialización; de esta suerte, el menor adquiere la madurez de

²⁶ NIETO ALONSO, Antonia, «El recurso a la autonomía de la voluntad como instrumento idóneo para asegurar la protección y el bienestar de la persona», en AA. VV., *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, GARCÍA RUBIO, M.^a Paz (coord.), Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 634-635; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, *La autonomía... op. cit.*, p. 39; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 270.

²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés... op. cit.*, 297.

²⁸ Desde nuestra perspectiva, la Ley Orgánica 1/1996 se inspira en este concepto de madurez, como capacidad natural conectada directamente, no con la edad del sujeto, sino con su desarrollo psicológico, haciendo un uso implícito del criterio del discernimiento para evaluar el grado de madurez ostentado por el menor de edad. Así, no debe extrañar, pese a la sorpresa reconocida por JUNQUERA DE ESTÉFANI, «que la ley, tras haber declarado en la exposición de motivos que su capacidad de obrar es evolutiva, en el transcurso del articulado solo mencione al *menor* en general y no diferenciando etapas en su desarrollo» —JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael, «Minoría de edad, paternalismo y capacidad de decisión: ¿hacia una mayoría de edad sanitaria?», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, ADROHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 480—, siempre que se tenga bien claro que la Ley Orgánica 1/1996 no vincula el desarrollo evolutivo de la madurez a la edad biológica del menor, sino a su desarrollo psicológico.

modo progresivo o evolutivo²⁹, a medida que participa en diversos escenarios de socialización, contribuyendo a su mayor o menor capacitación para formarse una opinión razonable e independiente, más allá del elemento meramente cronológico de su edad biológica, «la información, el nivel educativo, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el grado de apoyo»³⁰. Así, una menor con trece años que ha vivido desde muy niña largas temporadas en un hospital, siendo sometida a dolorosos tratamientos contra el cáncer, puede tener madurez suficiente para adoptar decisiones en el ámbito de su salud³¹⁻³², mientras que un menor con diecisiete años cumplidos (o, por qué no, un mayor de edad), bien porque no haya experimentado vivencias en la esfera sanitaria que le hayan permitido madurar o bien porque sus padres y/o la comunidad médica no le hayan permitido la participación en dicho concreto escenario de socialización, puede no poseer el grado de madurez suficiente para adoptar tales decisiones. Del mismo modo, es posible que la menor de trece años del ejemplo anterior pueda tener madurez para adoptar decisiones en el ámbito de su salud, pero, por el contrario, no la tenga para contraer matrimonio. Con lo cual, podemos concluir que el menor de edad no es maduro o inmaduro, sino que es maduro o inmaduro «para hacer algo», siendo esencial, en aras de promover el desarrollo de su personalidad y capacidades cognitivas, intelectivas y volitivas en cualquier ámbito de su vida (incluyendo la esfera sanitaria), su integración en el proceso de adopción de aquellas decisiones que le incumben, debiendo siempre ser escuchada su opinión.

En definitiva, de la lectura del artículo 162.1.º CC en su inciso primero, se deduce que el menor de edad puede realizar por sí mismo los actos relativos a sus derechos de la personalidad (incluyendo, evidentemente, la prestación del consentimiento informado en el ámbito sanitario) cuando tenga madurez suficiente para ello.

²⁹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, *Capacidad natural...*, *op. cit.*, p. 957; MORENO ANTÓN, María, *La libertad...*, *op. cit.*, p. 97; COMISIÓN DE BIOÉTICA DE CASTILLA Y LEÓN, *Problemas relacionados con las actuaciones sanitarias en los menores de edad*, Junta de Castilla y León, 2010, disponible en <http://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/problemas-relacionados-actuaciones-sanitarias-menores-edad>, p. 4 (última consulta el 12.9.2018).

³⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *La capacidad...*, *op. cit.*, p. 9.

³¹ Coincidimos con SIMÓN LORDA y BARRIO CANTALEJO en que «[l]a tradicional afirmación de que los menores son, por definición, incapaces para tomar decisiones sanitarias en cuestiones que les afecten, carece actualmente de base ética y jurídica» (SIMÓN LORDA, Pablo y BARRIO CANTALEJO, Inés, *La capacidad...*, *op. cit.*, p. 117).

³² En esta línea, las autoridades sanitarias británicas respaldaron la madurez de la menor Hannah Jones, de trece años de edad, para rechazar una intervención quirúrgica necesaria a fin de corregir una lesión coronaria, pese a que la negativa a la operación entrañaría muy probablemente su óbito en un período aproximado de seis meses. *Vid. infra*, apartado 3.3.

Pese al tenor del mencionado precepto, que deja lugar a escasa duda, un importante y autorizado sector de nuestra doctrina defiende la posibilidad de que los responsables parentales puedan limitar el ejercicio por el menor maduro de sus derechos de la personalidad, limitaciones que encontrarían su fundamento en el ejercicio de la patria potestad de la que son titulares aquéllos *ex* artículo 154 CC y, concretamente, en el ejercicio del deber de velar por los hijos que les impone el citado precepto³³. Este sector doctrinal parece encontrar un argumento en defensa de su postura en el segundo inciso que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³⁴ (en adelante, Ley 26/2015) añade al artículo 162.1.º CC, conforme al cual «los responsables parentales intervendrán en estos casos [cuando el menor sea suficientemente maduro] en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia»³⁵. Se trata de una intervención obligatoria por parte de los responsables parentales, con fundamento en sus deberes de cuidado y asistencia al menor derivados de la patria potestad. Ahora bien, el precepto, como puede comprobarse con su mera lectura, presenta una redacción excesivamente abstracta, que no resuelve dos cuestiones esenciales.

En primer lugar, no especifica cómo han de intervenir los responsables parentales; esto es, si tienen que intentar convencer al menor de que ejercite sus derechos de la personalidad en un determinado sentido, si pueden imponerles coactivamente ciertas decisiones, o si lo que deben hacer es acudir al juez para que sea éste quien decida. Bajo nuestro punto de vista, fallando la vía del diálogo con el menor, a la que ya podían acceder los progenitores antes de la modificación de 2015, el último recurso que les resta es acudir ante el juez en ejercicio de la facultad que les atribuye el artículo 158 CC (tradicionalmente en su apartado cuarto y, tras la Ley 26/2015, en el sexto³⁶) y del que, igualmente, ya disponían antes de la citada reforma.

³³ Díez GARCÍA, Helena, *Artículo 162*, *op. cit.*, p. 428; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *La protección...*, *op. cit.*, p. 1440.

³⁴ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

³⁵ En tal sentido, sostiene Díez GARCÍA que no puede admitirse «que los representantes legales lleven a cabo un acto relativo a la esfera de los derechos de la personalidad de su representado contra su voluntad o sin su consentimiento si éste ostenta aptitud natural, porque este ámbito está excluido *ex lege* de su poder de representación. Cuestión distinta será que, en su interés *ex* artículo 2 LO 1/96, resulten los progenitores autorizados a intervenir aun en esta hipótesis en cumplimiento de su deber de vela *ex* artículo 154. Y, éste es el sentido que hoy cabe atribuir al párrafo segundo del punto primero de este artículo 162» (Díez GARCÍA, Helena, *Artículo 162*, *op. cit.*, p. 431).

³⁶ Conforme al artículo 158.6 CC, en su primer inciso, el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, debe dictar «[e]n general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por

En segundo lugar, no dilucida de manera indubitada el nuevo inciso incorporado al artículo 162.1.º CC en qué condición deben intervenir los responsables parentales, es decir, si su intervención es a título de representantes legales o como titulares de la patria potestad que tienen el deber de velar por sus hijos. A nuestro juicio, cuando el menor tiene suficiente madurez para ejercitar un cierto derecho de la personalidad, los responsables parentales no pueden intervenir como representantes legales, pues el artículo 162.1.º CC excluye la representación legal en dicho supuesto³⁷. Sin embargo, aun cuando el menor carezca de madurez suficiente para ejercitar por sí mismo un determinado derecho de la personalidad, la representación legal por parte de los responsables parentales debe ser excluida, habida cuenta de que no cabe tal representación en el ámbito de los derechos de la personalidad³⁸. En ambos supuestos, a saber, estemos o no ante menores maduros, la intervención de los responsables parentales ha de ser para protegerlos, para prestarle su asistencia o asesoramiento, y no para representarlos³⁹. Por tanto, coincidimos con Ruiz-Rico Ruiz-Morón en que la incorporación

el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses». Estas mismas medidas puede acordarlas el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en los supuestos de tutela o guarda (de hecho o de derecho) de menores e incapaces, cuando así lo requiera su interés, *ex* artículo 216 CC.

³⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...*, *op. cit.*, pp. 301-302; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, *La construcción...*, *op. cit.*, p. 69.

³⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...*, *op. cit.*, p. 187; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, *La construcción...*, *op. cit.*, p. 77; DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 74. Afirma esta última autora que «[p]arte de la doctrina ha puesto de manifiesto que, si negamos la posibilidad de actuación de la representación en los derechos de la personalidad cuando el menor no puede actuar por sí mismo, los intereses de los hijos podrían quedar lesionados. Sin embargo, creemos que al impedir la representación en el ámbito de la personalidad, precisamente lo que se persigue es la protección de los intereses del menor pues, si bien en la esfera patrimonial la representación es una garantía de la tutela de los intereses del hijo, en la esfera de la personalidad la protección pasa por renunciar, como regla general, a la representación porque solo así se respeta al menor como persona lo cual no significa que no existan otros medios para evitar que el menor sufra perjuicios o que la representación legal no pueda actuar de forma excepcional» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 67).

³⁹ En este sentido, sostiene O'CALLAGHAN MUÑOZ que el párrafo segundo del artículo 162.1.º CC «tiene un carácter tan general que realmente queda inmerso en la norma del artículo 154» (O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 8.ª edición, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 267). Por su parte, se postula VALPUESTA FERNÁNDEZ, ya con anterioridad a la introducción por la Ley 26/2015 del segundo inciso al artículo 162.1.º CC, en favor de una intervención parental de «asistencia o asesoramiento» al menor en el ejercicio de actos relativos a los derechos de la personalidad, intervención que, a nuestro parecer, encuentra perfecto encaje en el artículo 154 CC: «más que como una norma habilitante de actuación exclusiva del menor, se configura [el artículo 162.1.º CC] como una delimitación de una parcela de intereses cuya gestión no pueden asumir los padres por representación, es decir sustituyendo plenamente la posibilidad de decisión de los hijos, sino que ha de quedar reservada a estos últimos. Excepción a la representación legal que no implica necesariamente que el menor tenga que asumir por sí solo, si tiene suficiente juicio, la realización de estos actos, sin ningún tipo de asistencia o asesoramiento, siempre que la misma no implique privarle del núcleo de decisión» (VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *Separata. El trabajo...*, *op. cit.*, p. 426).

por la Ley 26/2015 del segundo inciso en el artículo 162.1.º CC constituye

«una forma de dejar constancia, tal y como se venía subrayando en la doctrina, de que cuando los padres decidan y actúen en el marco de los derechos de la personalidad del hijo, ya sea por no gozar éste de suficiente madurez o teniéndola cuando se trate de evitarles un perjuicio, o en los supuestos en que las leyes reguladoras de tales derechos les legitimen para ello, lo harán, y lo deberán hacer, no en representación del hijo –son derechos personalísimos– sino en cumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia que integran la función de protección de la persona del hijo»⁴⁰.

En las líneas precedentes hemos planteado la problemática del ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor de edad desde la perspectiva de una norma general como es nuestro CC. A continuación, nos vamos a centrar en el tratamiento de dicha cuestión en el específico ámbito sanitario y, más concretamente, en las posibilidades atribuidas por la LAP –arts. 9.3.c) y 9.4– al menor de edad para la prestación del consentimiento informado a una actuación relativa a su salud, pudiendo comprobar cómo la imprecisa redacción de los citados preceptos genera una ingente problematización en su aplicación práctica. Debido a que la regulación contenida en la LAP «no puede presentarse como una regulación autónoma, dictada al margen del conjunto del Ordenamiento Jurídico»⁴¹, en el apartado que sigue conjugamos la regulación contenida en la LAP (específicamente prevista para el ámbito sanitario) con la regulación tradicional recogida en el CC, con el fin de encontrar las soluciones más coherentes y respetuosas con los derechos y protección del menor de edad.

2.3 MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO

Como ya sabemos, el consentimiento informado en el ámbito sanitario comparte la naturaleza jurídica de los derechos de la per-

⁴⁰ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 3, 2016, p. 56.

⁴¹ DÍEZ RODRÍGUEZ, José Ramón, «El paciente testigo de Jehová, la negativa al tratamiento médico en situación de gravedad y la circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado», *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012, p. 207. Se trata de una afirmación referida por el autor a la presunción de madurez del menor con dieciséis años de edad en el ámbito sanitario prevista en el artículo 9.3.c) LAP (art. 9.4 tras la modificación operada por la Ley 26/2015); sin embargo, no encontramos óbice alguno a la aplicación extensiva de tal afirmación al conjunto de la LAP.

sonalidad⁴², correspondiendo su ejercicio, como regla general, al paciente titular del mismo. No obstante, el artículo 9.3 LAP contempla una serie de supuestos en los que, pese a que el paciente conserva la titularidad del derecho a consentir, es una persona distinta la que *de facto* otorga el «consentimiento por representación»: 1) cuando el paciente no tiene suficiente capacidad de hecho o natural para prestar el consentimiento; 2) cuando el paciente tiene modificada su capacidad judicialmente, y 3) cuando el paciente es un menor de edad sin madurez suficiente para decidir (con los matices que exponemos en los apartados que siguen). A los efectos del presente trabajo, nos interesa solo el último de los referidos supuestos de consentimiento por representación, a saber, cuando el paciente es menor de edad.

Esta cuestión viene regulada en los artículos 9.3.c)⁴³ y 9.4⁴⁴ LAP⁴⁵, preceptos cuya redacción adolece de una preocupante falta

⁴² ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *El derecho...*, *op. cit.*, p. 197.

⁴³ Dice el precepto: «3. 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».

⁴⁴ Establece el aludido precepto: «Cuando se trate de menores emancipados o mayores de dieciséis 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».

⁴⁵ Pese a la gran relevancia de la cuestión objeto de estudio, es en la LAP, de 2002, cuando por primera vez el legislador aborda expresamente su regulación. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986) establecía, en su artículo 10.6 (derogado por la LAP), los casos en que el médico podía intervenir sin contar con el previo consentimiento escrito del usuario, entre los que podíamos encontrar, en la letra b), el que sigue: «Cuando [el usuario] no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas». Pese a que el precepto no incluía referencia alguna a los menores, en la práctica se reputaba la minoría de edad como uno de los supuestos de incapacidad para la adopción de decisiones y, en consecuencia, «la posición del menor [quedaba] enmarcada dentro de las excepciones al principio general de libre elección del tratamiento y sometido al consentimiento por representación» —DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, «El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p. 290—. En este mismo sentido, esto es, como sujeto incapaz de consentir que, en consecuencia, queda sometido a la decisión de la persona legalmente habilitada para ello, nos presenta el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR) al menor de edad en su artículo IV. C.-8:108 (3) (a), en virtud del cual: «(3) In so far as the patient is incapable of giving consent, the treatment provider must not carry out treatment unless: (a) informed consent has been obtained from a person or institution legally entitled to take decisions regarding the treatment on behalf of the patient». Cierto es que el precepto no incluye referencia alguna al menor de edad; sin embargo, los comentarios al mismo nos permiten concluir que el concepto de *incapable* utilizado por el artículo IV. C.-8:108 (3) abarca tanto a incapaces naturales como a sujetos con la capacidad modificada judicialmente e, incluso, a menores de edad. Literalmente, dicen los comentarios: «The rule also deals with circumstances where the patient is not able to express consent [paragraph (3)]; in such a case, a third party entitled to decide on behalf of the patient may give consent to

de claridad y que plantean una ingente problematicidad en su aplicación práctica⁴⁶, lo que explica que nos encontremos ante una de las cuestiones más controvertidas cuando del consentimiento informado hablamos. En el presente apartado nos proponemos explicar la regulación contenida en sendos preceptos con la mayor claridad que nos permita la confusión que alberga su propia literalidad.

a) **Menores de edad no emancipados y por debajo de los dieciséis años**

Conforme al artículo 9.3.c) LAP, cuando el paciente menor de edad no tiene capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo otorga su representante legal tras escuchar su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 Ley Orgánica 1/1996. Por tanto, si el menor tiene capacidad intelectual y emocional para entender el alcance de la intervención, es él quien debe prestar el consentimiento informado, mientras que, si no satisface el juicio de capacidad, es su representante legal el que otorga el consentimiento por representación tras escuchar al menor, teniendo su opinión tanto más en cuenta cuanto mayor sea su edad y grado de madurez, tal y como prevé el artículo 9.1 Ley Orgánica 1/1996.

Esta regulación, fruto del tenor del artículo 9.3.c) LAP introducido por la Ley 26/2015, resulta mucho más respetuosa con el derecho a la autonomía del paciente menor de edad que la que deriva de la redacción previa a la mencionada reforma. Antes de 2015, el artículo 9.3.c) LAP establecía que, cuando el paciente menor de edad no fuera capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el

the treatment. Depending upon the legal system concerned, this third party may be the parent of a minor, a guardian, a family counsellor or an administrative or judicial body» – STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario A (*General idea*), p. 1992–. No obstante, los comentarios oficiales admiten la posibilidad de que un menor de edad pueda entender la información relativa a su salud, conclusión que parece deducirse del siguiente ejemplo aportado por los propios comentaristas: «A 12-year old child has an illness that can be treated by surgery. There are some risks involved, but also substantial benefits. Under the relevant national law it is up to the child's parents to give consent, but at this age the child already can understand the question and decide» – STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario A (*General idea*), p. 1992–.

⁴⁶ Si bien la interpretación de los mencionados preceptos no resulta en modo alguno pacífica, no podemos ocultar que, como vemos en los apartados que siguen, algunas de las dudas que planteaba la redacción originaria de la LAP son resueltas con la nueva redacción introducida por la Ley 26/2015.

alcance de la intervención, el consentimiento lo daría su representante legal, después de haber escuchado su opinión si éste tenía doce años cumplidos. La referencia contenida en el precepto a los doce años hacía necesaria la distinción entre dos grupos de edad a los que la normativa atribuía un tratamiento distinto –y a los que había que añadir el grupo de los menores emancipados o que hubieran cumplido dieciséis años, cuya regulación se contenía en el artículo 9.3.c) *in fine* LAP–: los menores entre doce y dieciséis años, de un lado, y los menores por debajo de los doce años, de otro. Si el menor incapaz (en el sentido de inmaduro) había cumplido los doce años, el consentimiento habría de prestarlo su representante legal tras escuchar su opinión; por el contrario, si el menor incapaz no había llegado aún a dicha edad, el consentimiento lo prestaría igualmente su representante legal, pero sin exigir la ley que la opinión del menor fuera ni siquiera escuchada. El tratamiento legal de los menores por debajo de los doce años planteaba, antes de la Ley 26/2015, diversos interrogantes, que podemos resumir en dos fundamentales.

En primer lugar, surgía la duda de si el menor por debajo de los doce años con capacidad intelectual y emocional para entender el alcance de la intervención, podía o no prestar el consentimiento informado a la misma. La doctrina mayoritaria respondía a dicha cuestión en sentido negativo, sosteniendo que, en el caso de que el paciente no hubiera cumplido aún los doce años, el consentimiento habría de ser prestado por su representante legal, no siendo su opinión vinculante con independencia de su mayor o menor capacidad natural o madurez⁴⁷. Nuestra postura, sin embargo, se opone a la opinión mayoritaria, pues consideramos que, conforme a la redacción del artículo 9.3.c) LAP anterior a la reforma de 2015, cualquier menor por debajo de los dieciséis años podía prestar su consentimiento si superaba el juicio de capacidad que había de realizar el médico, al margen de la edad que tuviese (es decir, ya hubiera el paciente cumplido o no los doce años), si bien mientras más joven fuera el paciente más complicado sería que en la práctica el profesional sanitario pudiera reputar cubierto el mínimo de madurez exigido para consentir o rechazar un tratamiento o intervención⁴⁸. La principal apoyatura de nuestro posicionamiento la constituye la propia lite-

⁴⁷ DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen, *El consentimiento...*, *op. cit.*, p. 65. En el mismo sentido, COMISIÓN DE BIOÉTICA DE CASTILLA Y LEÓN, *Guía de Consentimiento Informado*, Junta de Castilla y León, 2010, <http://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/guia-consentimiento-informado>, p. 17 (última consulta el 12.9.2018). También, COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA, *Recomendaciones del Comité de Bioética de Cataluña ante el rechazo de los enfermos al tratamiento*, abril de 2010, <http://www.bioetica-debat.org/contenidos/PDF/2010/cbcrechazotr.pdf>, p. 6 (última consulta el 2 de octubre de 2017).

⁴⁸ DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 342.

ralidad del artículo 9.3.c) LAP antes de la modificación de 2015, puesto que, en ningún momento, el precepto excluía la decisión del menor por debajo de los doce años si el mismo era reputado maduro por el médico responsable de su asistencia. Cosa distinta, reiteramos, es la dificultad que en la práctica representa para un menor que aún no ha cumplido los doce años de edad superar dicho juicio de capacidad, habida cuenta de, como regla general, sus escasos (prácticamente nulos en la generalidad de los supuestos) conocimientos en materia sanitaria, su limitada capacidad de raciocinio y su reducida experiencia vital, todo ello debido a su corta edad. No obstante, y aun a riesgo de resultar reiterativos, si en un caso concreto el paciente menor de doce años fuera juzgado capaz intelectual y emocionalmente de entender el alcance de la intervención, no encontramos en la redacción del artículo 9.3.c) LAP anterior a 2015 óbice a la prestación del consentimiento personalmente por el paciente⁴⁹.

⁴⁹ Ésta parece ser la postura sostenida por el Tribunal Constitucional en un polémico y mediatizado caso ocurrido en España en la década de 1990. Marcos A. V., menor de trece años que profesa la religión de los Testigos de Jehová, es diagnosticado el 8 de septiembre de 1994 de un grave riesgo hemorrágico días después de sufrir una caída en bicicleta. El personal sanitario de la Policlínica de Fraga (Huesca) prescribe la realización de una transfusión sanguínea con el fin de neutralizar el riesgo de sangrado. En ese momento, los padres se oponen a la transfusión prescrita, manifestando, educadamente, que su religión (ambos son, al igual que su hijo, testigos de Jehová) se opone a las transfusiones sanguíneas, rogando que se aplique un tratamiento alternativo, a lo que el personal sanitario responde que no conocen ningún otro tratamiento que pueda resultar eficaz para el fin terapéutico perseguido. Ante esta situación, los padres solicitan el alta voluntaria de Marcos para trasladarlo a otro centro hospitalario donde se le pueda aplicar un tratamiento distinto. Esta solicitud no es atendida por la policlínica, sino todo lo contrario: considerando que la vida del menor corre peligro, a las cuatro y media de la mañana del día 9 de septiembre de 1994, el personal del hospital solicita al Juzgado de Guardia autorización para poder aplicar la transfusión al menor aun en contra de su voluntad y la de sus padres, autorización concedida por el Juzgado a las cinco de la mañana únicamente para el caso de que la transfusión sea necesaria para salvar la vida de Marcos. Los médicos consideran que se cumple tal requisito, puesto que la transfusión es necesaria para evitar el riesgo hemorrágico y no existe tratamiento alternativo alguno, con lo que deciden transfundir al menor. Al comunicarle esta decisión a los padres, éstos no se oponen ni intervienen en el curso posterior de los acontecimientos, asumiendo lo dicho por los médicos como una voluntad que les viene impuesta. Sin embargo, al informar de tal situación al menor reacciona con terror, pues considera que su religión le prohíbe recibir transfusiones sanguíneas. Los médicos lo intentan convencer en reiteradas ocasiones, sin éxito, de que se someta a la transfusión. Tras varios intentos fallidos, solicitan a los padres que intenten persuadir a su hijo ellos mismos, a lo que se niegan por contravenir sus creencias religiosas. En este contexto, los médicos consultan con el Juez de Guardia la posibilidad de aplicar algún tipo de anestésico al menor para poder transfundirlo, pero, finalmente, no hacen uso de dicha técnica, considerándola inapropiada ética y médicamente por los riesgos que comporta. Durante la mañana de ese mismo día 9 de septiembre, el personal sanitario del hospital concede al menor el alta voluntaria, previamente demandada por sus padres, si bien éstos solicitan que se permita a su hijo permanecer en el centro hasta que puedan encontrar otro donde se le aplique un tratamiento alternativo, a lo que el hospital Arnau de Llérida se niega por causas que se ignoran, aunque probablemente sea por considerar que, una vez obtenido el alta voluntaria y sin que se pueda aplicar la transfusión al menor, no tiene sentido que siga en el centro. Por ello, es trasladado a su domicilio en la tarde de ese mismo día. Los padres continúan en la búsqueda de un nuevo especialista que aplique a su hijo un tratamiento alternativo, llevando al menor tanto al Hospital Universitario Materno-Infantil del Vall

d'Hebrón de Barcelona como al Hospital General de Cataluña. Desde ambos centros se comunica a los padres que no disponen de un tratamiento alternativo a la transfusión que sea eficaz en el caso de Marcos. No conociendo ningún otro centro donde trasladar al menor, los padres vuelven a casa con su hijo. La situación de Marcos empeora y, finalmente, el Juez de Fraga dicta el 14 de septiembre un auto por el que autoriza la transfusión al menor. Ese mismo día se presenta una comisión judicial en el domicilio de Marcos para trasladarlo al Hospital de Barbastro con el fin de aplicarle la transfusión. Los padres vuelven a manifestar que dicho proceder es contrario a sus creencias religiosas, pero no se oponen a la orden judicial. Al centro hospitalario llega el niño en coma profundo y, tras practicársele la transfusión sanguínea, es trasladado, por orden médica, al Hospital Miguel Servet de Zaragoza, donde llega sobre las veintitrés horas y treinta minutos del día 14 de septiembre con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral, falleciendo a las veintiuna horas y treinta minutos del día 15 de septiembre. Se inicia, con estos antecedentes de hecho, un proceso penal en el que se acusa a los padres de Marcos de ser autores de un delito de homicidio en comisión por omisión. El periplo judicial de este caso finaliza con la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 18 de julio de 2002, donde sostiene que «la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias». A la exculpación de los progenitores sentenciada por el Tribunal Constitucional se opone BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO al entender que la vida y salud son bienes primarios de toda persona, con inclusión, obviamente, del menor de edad, incumbiendo a sus representantes legales el deber de hacer todo lo posible para contribuir a su protección, sin que dicho deber pueda quedar condicionado por creencias religiosas «manifiestamente contrarias a las decisiones razonables, menos aún a las indiscutibles, desde un punto de vista médico» (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 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 civil: revista quincenal*, núm. 2, 2002, pp. 1986-1987). Quien escribe, sin embargo, coincide con SANTOS MORÓN en que, si bien la solución a la que arriba el Tribunal Constitucional (la absolución de los padres) es absolutamente acertada, no lo es la fundamentación jurídica aducida (a saber, la libertad religiosa de los progenitores), puesto que, llevada al extremo, podría conducir a la inaceptable conclusión de que, en caso de conflicto, el derecho a la libertad religiosa de los padres prevalece sobre los deberes que para ellos se derivan de la patria potestad. En puridad, la decisión del Tribunal debía haberse basado en la capacidad del menor para rechazar la transfusión sanguínea, capacidad que, en caso de concurrir, hubiera fundamentado la exculpación de los progenitores ante la imposibilidad de exigirles una conducta contraria a la voluntad de su hijo (SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ, *Sobre la... op. cit.*, pp. 4-5). No obstante, es el pronunciamiento *obiter dicta* del Tribunal Constitucional sobre el derecho del menor de edad a consentir una intervención o tratamiento en el ámbito de su salud el que más relevancia manifiesta a los efectos del presente trabajo, destacando las siguientes dos conclusiones extraídas de propia sentencia. En primer lugar, los menores son titulares plenos del derecho a la integridad física y a la libertad religiosa, siendo estos derechos los que ejercita el menor Marcos cuando se opone a ser transfundido. En segundo, la madurez exigida al menor para adoptar una determinada decisión sobre su salud depende de la irreparabilidad de las consecuencias que se deriven de la misma. Por tanto, la madurez exigida al menor para rechazar un tratamiento vital es la más amplia posible, habida cuenta del carácter definitivo e irreparable de las consecuencias de una decisión que conllevará, con seguridad o con una probabilidad rayana la certeza, su muerte. Como podemos observar, en esta sentencia el Tribunal Constitucional conecta la posibilidad para el menor de ejercitar su derecho al consentimiento informado con su madurez, sin que, en ningún caso, establezca distinción alguna en función de si el paciente menor ha cumplido o no los doce años de edad. Con relación al supuesto enjuiciado, el Tribunal Constitucional no entra a valorar si el menor Marcos tenía madurez suficiente para rechazar la transfusión sanguínea médicamente recomendada, reconociendo que no dispone de suficiente información para resolver al respecto; además, la cuestión sometida a su consideración versa sobre la posible responsabilidad penal de los padres de Marcos, y no sobre la capacidad de este último para autodeterminarse.

El segundo interrogante derivado de la redacción originaria del artículo 9.3.c) LAP se planteaba en los supuestos en que el menor por debajo de los doce años no superase el juicio de capacidad (que sería, por otra parte, lo más frecuente en la práctica) y, por tanto, no pudiera prestar su consentimiento al procedimiento propuesto. Para estos casos, la LAP contenía una solución insólita: el consentimiento sería prestado por la persona que ejerciera la patria potestad o tutela del menor de edad sin que, aparentemente, aquél tuviera ni siquiera que escuchar la opinión de éste, ya que el precepto únicamente exigía escuchar la opinión del menor si tenía doce años cumplidos. A nuestro entender, dicha previsión carecía de sentido alguno. Lo más idóneo hubiera sido que el precepto estableciera la necesidad de escuchar la opinión del menor en todo caso, con independencia de la edad que tuviera, si bien teniéndose en cuenta dicha opinión tanto más cuanto mayor fuera la madurez del menor⁵⁰⁻⁵¹. En todo caso, estimamos, compartiendo plenamente el parecer de Oliva Blázquez⁵² y pese al tenor del artículo 9.3.c) LAP anterior a la reforma introducida por la Ley 26/2015, que resultaba plausible la defensa de la necesidad de escuchar al menor por debajo de los doce años a lo largo del proceso de toma de decisiones, con base en el artículo 9.5 LAP (actual artículo 9.7 LAP tras la modificación introducida por la Ley 26/2015⁵³), amén de en los

⁵⁰ Ésta es la postura sostenida por el artículo 6.2 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999) (en adelante, Convenio de Oviedo).

⁵¹ Coincidimos con RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN en que «[e]scuchar es algo más que oír», pues exige tomar en consideración la opinión del menor respecto de los asuntos que le afectan. «[s]i bien la toma en consideración de la opinión del menor sí estará en función de la edad y madurez del mismo» (RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, *Últimas reformas...*, *op. cit.*, p. 52).

⁵² Afirma OLIVA BLÁZQUEZ que «[a]unque el artículo 9.3 c) LBAP es muy claro en este aspecto, desde mi punto de vista el menor de edad deberá ser oído siempre y cuando sea capaz de entender la información que le va a ser suministrada, aun cuando no haya cumplido los doce años de edad. Y sostengo esta opinión en base tanto al artículo 6.2 del Convenio de Oviedo, que señala que «la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez», como en el artículo 9.5 LBAP, el cual aclara que, en caso de prestación del consentimiento por representación, «el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario». La interpretación sistemática de ambos preceptos nos permite deducir que, si la madurez concreta y real de un menor que aún no ha cumplido los doce años de edad le permite comprender la trascendencia del acto médico propuesto, entonces deberá ser oído (...). Evidentemente, esto será algo a determinar caso a caso, mientras que a partir de los doce años rige una presunción *iuris et de iure* de que el menor ha alcanzado una capacidad suficiente y, por lo tanto, su opinión tiene que ser inexcusablemente oída» (OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «El menor maduro ante el Derecho», *EIDON*, núm. 41, 2014, pp. 41-42).

⁵³ Dice el artículo 9.7 LAP, introducido por la Ley 26/2015, como sigue: «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 respecto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de

artículos 9.1 Ley Orgánica 1/1996⁵⁴ y 6.2 *in fine* del Convenio de Oviedo⁵⁵.

La redacción del artículo 9.3.c) LAP introducida por la Ley 26/2015 viene a respaldar nuestra postura en relación con las dos anteriores cuestiones, pues ahora el precepto prevé un tratamiento homogéneo para todos los menores de dieciséis años, estableciendo que el consentimiento ha de prestarse por representación cuando el menor no sea capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, debiendo previamente ser escuchada su opinión. De este modo, desde el 2015, los menores de dieciséis años (incluyendo a los que aún no han cumplido los doce) pueden consentir personalmente si superan el juicio de capacidad, salvando los supuestos en que el consentimiento se debe prestar para una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor a juicio del facultativo, en cuyo caso resulta aplicable la previsión contenida en el artículo 9.4 *in fine* LAP⁵⁶; por su parte, en caso de no superar el menor el juicio de capacidad, el consentimiento debe otorgarse por su representante legal tras escuchar la opinión del menor (también cuando no ha cumplido aún los doce años), según lo previsto en el artículo 9 Ley Orgánica 1/1996.

En conclusión, dejando a un lado los supuestos en que el consentimiento se ha de prestar para una actuación que, según el médico, comporta un grave riesgo para la vida o salud del menor (cuyo régimen lo estudiamos en el apartado siguiente), podemos comprobar cómo la regulación prevista en el artículo 9.3 LAP es, en principio, coherente con las previsiones del artículo 162.1.º CC, legitimando ambos preceptos al menor de edad sujeto a patria potestad que aún no ha cumplido dieciséis años para prestar personalmente su consentimiento informado en el ámbito sanitario, siempre que goce de la madurez suficiente para ello. Ahora bien, la regulación contenida en la LAP debe completarse con la referencia introduci-

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».

⁵⁴ A tenor del precepto: «El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias».

⁵⁵ Establece el precepto: «La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez».

⁵⁶ *Vid. infra*, apartado 2.3.b.2.

da por la Ley 26/2015⁵⁷; de esta suerte, cuando los responsables parentales consideren que la decisión adoptada por el menor es contraria a su interés superior, deben intervenir, si bien no como representantes legales⁵⁸, sino con fundamento en el deber de velar por los hijos que les impone el artículo 154 CC como titulares de la patria potestad.

b) Menores de edad emancipados o con dieciséis años cumplidos

b.1 REGLA GENERAL

El artículo 9.4 LAP establece que no se otorga el consentimiento por representación cuando el paciente es un menor emancipado o mayor de dieciséis años, siempre que no sea incapaz o tenga la capacidad modificada judicialmente (en estos dos últimos casos se aplica el artículo 9.3 apartados a y b LAP, respectivamente). En la práctica, este artículo se traduce en que la regla a aplicar a los menores emancipados y mayores de dieciséis años es la misma que la que se aplica a los mayores de edad, a saber, que se presume *iuris tantum* su capacidad para prestar el consentimiento informado, debiendo acreditarse su falta de capacidad natural o la modificación judicial de su capacidad para que se preste el consentimiento por representación. Es por esta razón que se afirma que la mayoría de edad se alcanza a los dieciséis años en el ámbito sanitario⁵⁹.

⁵⁷ Recordemos: «No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia».

⁵⁸ Los responsables parentales no pueden actuar en el ámbito de los derechos de la personalidad de sus hijos sujetos a patria potestad como representantes legales, con independencia de que tengan o no los menores suficiente madurez para ejercitarlos por sí mismos (DE LAMA AYMÁ, Alejandra; *La protección...*, *op. cit.*, p. 74).

⁵⁹ Antes de continuar, consideramos necesario realizar una observación. Como acabamos de afirmar, a los menores emancipados se les presume *iuris tantum* la capacidad para prestar el consentimiento informado. En muchos casos, cuando hablamos de emancipación pensamos inmediatamente en los dieciséis años como edad mínima a la que un menor de edad puede emanciparse, probablemente por las reiteradas referencias a dicha edad contenidas en los artículos 317, 319 y 320 CC al establecer el régimen jurídico de la emancipación. Sin embargo, antes de las modificaciones introducidas en el CC por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (*BOE* núm. 158, de 3 de julio de 2015) (en adelante, Ley 15/2015) dicha afirmación no era correcta. Como sabemos, una de las causas de emancipación, *ex* artículo 314 CC, es el matrimonio del menor, no pudiendo contraer matrimonio los menores de edad no emancipados (art. 46 CC). Ahora bien, el artículo 48 párrafo 2.º CC permitía al Juez de Primera Instancia que pudiera dispensar, con justa causa y a instancia de parte, el impedimento de edad a partir de los catorce años, debiendo ser oídos el menor y sus padres o guardadores en el expediente de dispensa. De este modo, cabía la posibilidad de que un menor con catorce años contrajera matrimonio, obteniendo con ello la emancipación y, por tanto, presumiéndosele la capacidad necesaria para prestar el consentimiento en el ámbito sanitario. Realizando una interpretación sistemática del CC, resultaba sorprendente que en el ámbito patrimonial exijan los artículos 323 y 324 CC al menor un complemento de capacidad para realizar determinados actos de índole patrimonial y que, por el contrario, para la adopción de decisiones sanitarias por el

Es posible, sin embargo, acreditar que el menor no tiene madurez suficiente para decidir, en cuyo caso decae la presunción *iuris tantum* de capacidad establecida en el artículo 9.4 LAP, planteándose la cuestión de quién ha de prestar el consentimiento por representación. A nuestro parecer, son los representantes legales del menor los que deben otorgar el consentimiento y, en caso de no estar el menor sujeto a representación legal, sus progenitores⁶⁰.

En suma, si el paciente es menor emancipado o con dieciséis años cumplidos, la prestación del consentimiento corresponde al propio menor, habiéndose de prestar el consentimiento por representación solo cuando se rebata la presunción *iuris tantum* de capacidad que sobre el mismo recae *ex* artículo 9.4 LAP. Ésta es la regla general en lo que a la prestación del consentimiento informado por el menor emancipado o con dieciséis años cumplidos se refiere. El apartado que sigue lo dedicamos al estudio de un supuesto excepcional regulado en el inciso segundo del mencionado precepto.

b.2 SUPUESTO EXCEPCIONAL

El artículo 9.4 *in fine* LAP establece que, cuando a criterio del facultativo se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento lo debe otorgar su representante legal tras oír y tener en cuenta su opinión. La aplicación de esta excepción en la práctica plantea una serie de interrogantes que son, fundamentalmente, los que exponemos a continuación.

b.2.1 ¿A quién se aplica?

La primera cuestión que plantea la excepción estudiada es a quién resulta la misma de aplicación; esto es, ¿se aplica a todos los menores de edad o solo a los menores emancipados o con dieciséis años cumplidos? Hay que partir de la base de que esta excepción está

menor con catorce años no fuera necesario ni siquiera acreditar su capacidad, sino lo inverso, es decir, la inmadurez del mismo, pues su capacidad se presume *iuris tantum* (DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel, *Estatuto Ético-Jurídico de la Profesión Médica. Tomo II*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 717). No obstante, la Ley 15/2015 elimina la dispensa matrimonial de edad, con lo que, desde ese año, la edad mínima a la que un menor puede emanciparse son los dieciséis años.

⁶⁰ Se ha de tener en cuenta que el menor emancipado no está bajo la patria potestad de sus progenitores (por ser la emancipación una de las causas de extinción de la patria potestad *ex* art. 169.2 CC) ni sujeto a tutela (*ex* art. 222.1 CC). Por tanto, nos podemos preguntar, en los supuestos en que el paciente es un menor emancipado (no sujeto a representación legal, en consecuencia) sin madurez suficiente para adoptar sus decisiones sanitarias, quién debe prestar el consentimiento informado. Quien escribe, tras realizar una interpretación sistemática de los artículos 9.3 y 9.4 LAP, estima que la decisión debe corresponder a los vinculados al paciente menor de edad por razones familiares o de hecho, teniendo prioridad, por razones obvias, sus progenitores.

prevista, como hemos señalado, en el artículo 9.4 LAP, dirigido a la regulación del consentimiento informado por el menor emancipado o mayor de dieciséis años, previéndose en un apartado distinto (a saber, el apartado tercero del artículo 9 LAP) el régimen del consentimiento por el menor no emancipado que no ha cumplido aún los dieciséis años de edad. Antes de la modificación introducida por la Ley 26/2015 en el artículo 9.4 LAP, la excepción estudiada se regulaba en el artículo 9.3.c) LAP, que decía como sigue:

«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.»

Continuaba el precepto *en un párrafo distinto*, aunque dentro del mismo apartado c), afirmando:

«Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o 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 tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.»

Con este tenor literal, se planteaba la duda de si la excepción aplicable a las actuaciones de grave riesgo se preveía únicamente para los menores emancipados o mayores de dieciséis años o, por el contrario, para todos menores de edad. La primera de las posturas, que puede apoyarse en que la excepción se regulaba en el párrafo que establecía el régimen jurídico de los menores emancipados o mayores de dieciséis años, parece ser la postulada en diversos textos legales, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, el Decreto 246/2005, de 8 de noviembre por el que se regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad⁶¹, concretamente en su artículo 6 apartados segundo y tercero. En este texto parece sostenerse que la excepción se aplica únicamente en los casos en que el menor esté emancipado o sea mayor de dieciséis años, al contemplarse dentro del apartado dirigido específicamente a la regulación del consentimiento informado cuando se otorga por este «grupo» de menores de edad (a saber, el apartado tercero del artículo 6), estableciéndose

⁶¹ BOJA núm. 244, de 16. de diciembre de 2005.

se el régimen aplicable al resto de pacientes menores de edad (los no emancipados que no hubieran cumplido aún los dieciséis años) en el apartado segundo del mismo precepto⁶². Nuestra postura, sin embargo, se opone a dicha interpretación, pues consideramos que la única solución lógica que puede adoptarse es sostener que la excepción se aplica a todos los menores de edad, habida cuenta de que lo contrario daría lugar en la práctica a consecuencias absurdas, como que un menor maduro con quince años pudiera otorgar su consentimiento informado a una intervención de grave riesgo, mientras que un menor maduro emancipado que llevara una vida independiente de sus padres no podría hacerlo.

Con la nueva redacción del artículo 9.4 LAP, tras la modificación de 2015, parecen en principio aclaradas las dudas que existían sobre el destinatario de la excepción, aunque la opción elegida sea la peor de las posibles... Tras la Ley 26/2015, la excepción se contiene en el apartado cuarto del artículo 9 LAP, dedicado específicamente a la regulación del régimen de los menores emancipados o mayores de dieciséis años, lo que parece indicar que dicha excepción se aplica únicamente a este grupo de menores de edad. Como hemos puesto de relieve anteriormente, la interpretación estrictamente literal del precepto daría lugar a consecuencias absurdas e inaceptables en la práctica. De esta suerte, se impone la solución opuesta, *id est*, la aplicación de la excepción a todos los menores de edad sobre la base del argumento interpretativo *a minori ad maius*, consistente en la aplicación del argumento *a fortiori* a las situaciones o sujetos que se encuentran en una situación más desventajosa que aquella para la que expresamente se prevé la norma⁶³. Este argumento interpretativo resulta aplicable al presente supuesto, pues, si el legislador considera que los menores de edad con dieciséis años cumplidos o emancipados no pueden decidir si consienten o rechazan la realización sobre su cuerpo de una actuación de grave riesgo para su vida o salud, correspondiendo dicha decisión a sus representantes legales, con mayor razón debe aplicarse esta limita-

⁶² En el mismo sentido, artículo 51 apartados 1.º y 2.º de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra (BOE núm. 315, de 28 de diciembre de 2010) o artículo 20 apartados 1.º y 2.º de la Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla La-Mancha (BOE núm. 248, de 13 de octubre de 2010).

⁶³ El argumento *a minori ad maius* resulta aplicable cuando una norma atribuye una determinada cualificación jurídica a un sujeto o a una situación, pero no a otra que, con mayor razón, la amerita; así, este argumento interpretativo permite extender la cualificación jurídica prevista por la norma a sujetos o situaciones que presentan mayores méritos para su atribución, aunque la norma no se las otorgue. Como podemos observar, se trata de un argumento que se basa, no en la semejanza entre los sujetos o situaciones (que sería la base del argumento analógico), sino en la *ratio* de la norma (TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 356-357).

ción a la autonomía de la voluntad cuando el paciente es un menor no emancipado que aún no ha cumplido los dieciséis años, ya que, en la generalidad de los casos, estos últimos presentan un menor grado de madurez para adoptar una decisión inteligente.

Pero, además, esta interpretación resulta reforzada por el argumento *ab absurdo*, conforme al cual debe ser excluida aquella exégesis de la norma que dé lugar a un resultado absurdo. No cabe duda de que considerar aplicable la excepción del artículo 9.4 *in fine* LAP únicamente a los menores emancipados o con dieciséis años cumplidos nos haría llegar a la conclusión absurda de que tal limitación a la autonomía del paciente no se aplicaría a sujetos para los que la misma estaría justificada con mayor razón; en otras palabras, se llegaría a la conclusión de que los menores emancipados o con dieciséis años no tendrían derecho a decidir sobre su sometimiento a actuaciones de grave riesgo para su vida o salud (con independencia de que tuvieran o no capacidad natural para ello) mientras que los menores no emancipados que aún no hubieran cumplido dicha edad sí que podrían decidir personalmente, siempre que reunieran las condiciones suficientes de madurez. Un sinsentido.

b.2.2 ¿A qué actuaciones se aplica la excepción?

La idea esencial que se ha de inferir de la lectura del artículo 9.4 *in fine* LAP es que la excepción en él recogida no puede dejar de ser precisamente eso, una excepción. Con esto queremos decir que no pueden resguardarse bajo el paraguas protector de esta excepción actitudes paternalistas de médicos que, con el propósito de eludir futuribles juicios por responsabilidad, soliciten el consentimiento de los representantes legales para la realización de actuaciones que no pueden reputarse cabalmente como de grave riesgo, en lugar de obtener el consentimiento de los propios pacientes menores cuando sean suficientemente maduros. En definitiva, la excepción prevista en el artículo 9.4 *in fine* LAP se ha de interpretar de forma taxativa, como restricción a la capacidad de obrar de los menores que entraña (art. 2.1 *in fine* Ley Orgánica 1/1996), reservándose su aplicación a las actuaciones de grave riesgo para la vida o integridad del menor⁶⁴.

Ahora bien, «actuación de grave riesgo para la vida o integridad del menor» es un concepto indeterminado, debiendo concretarse *ad hoc* qué actuación debe considerarse de grave riesgo y cuál no. La dificultad más aguda consiste en decidir si se debe considerar que la excepción del artículo 9.4 *in fine* LAP abarca únicamente las

⁶⁴ GALÁN CORTÉS, Julio César, *El consentimiento...*, *op. cit.*, p. 14.

actuaciones cuya realización conlleva un riesgo grave para la vida o integridad del menor o, también, aquellas intervenciones cuya realización no conlleva un grave riesgo para la vida o integridad del menor, pero cuyo rechazo u omisión sí que puede generar tal riesgo. Dicho de un modo más directo, ¿se incluye en la excepción estudiada el rechazo, por ejemplo, a una transfusión sanguínea vital y, por tanto, corresponde la decisión en tal caso a los representantes legales del menor? La Fiscalía General del Estado, en la ya citada Circular 1/2012, responde afirmativamente a este interrogante al aplicar la excepción a aquellos casos en los que el menor rechaza una transfusión sanguínea vital. Nuestro parecer, sin embargo, se opone a este posicionamiento porque, como hemos señalado, esta excepción debe ser interpretada restrictivamente, no debiendo abarcar aquellos supuestos en los que el grave riesgo para la vida o integridad del menor no se deriva de la propia intervención, sino del rechazo a la misma (es decir, de su omisión o no realización). Así, sería aplicable la excepción a un supuesto en el que el menor de edad tuviera que decidir sobre su sometimiento una intervención «a corazón abierto» (ya sea su voluntad de consentir o rechazar la misma); no obstante, no se aplicaría si el procedimiento propuesto es una transfusión sanguínea porque ésta no conlleva grave riesgo para el menor. En este último caso, si el menor pretendiera consentir la transfusión, al no tratarse de una actuación de grave riesgo, no se plantearía ni siquiera la posibilidad de aplicar la excepción; entonces, ¿por qué habría de plantearse dicha posibilidad si el menor desea rechazar la transfusión cuando el procedimiento es el mismo (una transfusión sanguínea) y éste no implica graves riesgos para la vida o integridad del paciente? En este supuesto, lo que conlleva el riesgo no es la intervención en sí, sino la no realización de la misma, no siendo éste el presupuesto de la excepción prevista en el artículo 9.4 LAP, cuya exégesis, reiteramos, debe realizarse en términos taxativos por exigencia del artículo 2.1 *in fine* Ley Orgánica 1/1996.

En conclusión, pese a que la finalidad pretendida por la norma es la de evitar, con base en su interés superior, el peligro al que se expone el menor y a que, con amparo en dicha finalidad, haya quien extienda su aplicación al rechazo de tratamientos aparentemente fútiles, estimamos que, para resultar aplicable la excepción, el grave riesgo debe predicarse de la intervención médicamente indicada, sin tener en cuenta las consecuencias que podrían derivarse de su rechazo, pues dichas consecuencias no se derivan de la intervención propiamente dicha, sino de su omisión.

b.2.3 ¿Quién ha de prestar el consentimiento?

En el presente apartado nos referimos a una cuestión que, si bien se ha resuelto en la redacción del artículo 9.4 LAP adoptada en 2015, planteaba muchos problemas en la práctica antes de la reforma operada por la Ley 26/2015 debido al tenor confuso que presentaba el artículo 9.3.c) *in fine* LAP, según el cual en caso de actuación de grave riesgo conforme al criterio del facultativo, «los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente». *A priori*, son tres las soluciones cabales que pueden darse a la cuestión planteada, a saber, que la decisión corresponda al profesional sanitario, a los padres o al propio menor⁶⁵.

La primera de las opciones debe descartarse de inmediato, debido a que la adopción de las decisiones sanitarias del menor por el facultativo que le asiste entrañaría una manifestación inaceptable y encubierta (o, más bien, absolutamente abierta...) del paternalismo médico.

La segunda opción tampoco resultaría admisible por dos motivos esenciales. De un lado, porque está absolutamente injustificada la prestación del consentimiento por los progenitores cuando el menor tiene capacidad intelectual y volitiva suficiente para decidir por sí mismo y, de otro lado, porque el artículo 9.3.c) *in fine* LAP (en su redacción anterior a la Ley 26/2015) afirmaba que los padres tenían que ser informados y que su opinión debía tenerse en cuenta a la hora de decidir, pero no que fueran éstos quienes hubieran de adoptar la decisión correspondiente.

La última de las posibles soluciones consiste en la prestación del consentimiento informado por el propio menor de edad. Ésta es la solución más respetuosa con la autonomía del menor al dejar en sus manos la adopción de sus decisiones sanitarias, si bien teniendo que escuchar a sus padres y debiendo tener en cuenta su opinión en el proceso decisorio⁶⁶. Resulta evidente que la terminología empleada por el legislador no es la más idónea, habida cuenta de que no se puede imponer al menor que, a la hora de decidir, «tenga en cuenta» la opinión de sus padres. Coincidimos con OLIVA BLÁZQUEZ en que lo que pretende el legislador es que el menor pueda formarse un jui-

⁶⁵ Por su parte, postula DE LAMA AYMÁ que la exigencia del artículo 9.3.c) *in fine* de la Ley de Autonomía del Paciente implica la toma consensuada de decisiones entre el paciente menor de edad, los padres y el facultativo (DE LAMA AYMÁ, Alejandra; *La protección...*, *op. cit.*, p. 314). Quien escribe, sin embargo, estima que esta postura «mixta» resulta inadmisibles, fundamentalmente, porque no responde a la propia literalidad del precepto y porque su encaje en el ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad se muestra, cuando menos, harto complicada.

⁶⁶ No obstante, si el paciente es un menor maduro, la información a sus progenitores sin su consentimiento vulnera sus derechos a la intimidad y confidencialidad. En este sentido, SANTOS MORÓN, María José, *Menores y...*, *op. cit.*, p. 84.

cio completo, considerando importante para ello que escuche la opinión de sus padres⁶⁷. No obstante, el legislador puede exigir al menor que oiga a sus progenitores, pero no que los escuche y valore su opinión en el proceso decisorio⁶⁸, aunque sí que es cierto que, incluso inconscientemente, alguna influencia ejerce, en la generalidad de los casos, la opinión de los padres en la decisión adoptada por sus hijos.

La situación se ha clarificado en la nueva redacción del artículo 9.4 LAP otorgada por la Ley 26/2015, dejando ésta meridiano que corresponde a los representantes legales del menor la prestación del consentimiento informado, una vez oída y tenida en cuenta su opinión. Sin embargo, esta nueva redacción plantea un interrogante, a saber, quién debe otorgar el consentimiento informado en los supuestos en que el menor esté emancipado. Como sabemos, la emancipación es una de las causas de extinción de la patria potestad y de la tutela, razón por la cual el emancipado no va a estar sujeto a representación legal alguna. En tales casos postulamos, tras realizar una interpretación sistemática de los artículos 9.3 y 9.4 LAP, que la decisión debe corresponder a los vinculados al paciente menor de edad por razones familiares o de hecho, teniendo prioridad, por razones obvias, sus padres. Ahora bien, en aquellos supuestos en los que el paciente emancipado haya contraído matrimonio, entendemos que debe ser su cónyuge quien otorgue el consentimiento por representación⁶⁹.

b.2.4 *Excepción... ¿justificada?*

Nos planteamos en las líneas presentes si la excepción estudiada vulnera algún derecho del menor y, en caso afirmativo, si dicha violación está jurídicamente justificada, siendo ineludible la referencia a la mencionada Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, que establece una serie de pautas para la interpretación de la normativa aplicable a los supuestos en que se ha de realizar una intervención de grave riesgo sobre un menor de edad cuando, bien el menor, bien sus padres o bien ambos, se nieguen a ello. Con la

⁶⁷ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, *El menor...*, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁸ Coincidimos con RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN cuando afirma que «[e]scuchar es algo más que oír», pues exige tomar en consideración la opinión del menor respecto de los asuntos que le afectan (RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, *Últimas reformas...*, *op. cit.*, p. 52).

⁶⁹ DE LAMA AYMÁ sostenía, antes de la reforma operada en los artículos 9.3.c) y 9.4 LAP por la Ley 26/2015, que «en el supuesto del menor emancipado por matrimonio no debería informarse a los padres sino al cónyuge cuando éste fuera mayor de edad» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 314). Desde 2015, habida cuenta de que el artículo 9.4 LAP no exige la información a los representantes legales, sino la prestación de su consentimiento por representación, dicho razonamiento debe ser adaptado a las actuales exigencias de la LAP, lo que se traduce en la prestación del consentimiento por el cónyuge mayor de edad del paciente emancipado.

Circular, la Fiscalía General del Estado pretende aportar cierta seguridad jurídica (esencialmente a los profesionales de la Medicina) con relación a la forma de proceder en estas hipótesis. Esta Circular presenta una ingente relevancia, pues, a nuestro entender, constituye el germen de la reforma operada en los artículos 9 LAP y 162 CC por la Ley 26/2015.

Las principales conclusiones que se pueden colegir de la Circular 1/2012 son las que siguen. La Fiscalía parte de la distinción entre los supuestos en que el paciente es un menor maduro y aquellos en los que es un menor de edad que no reúne las condiciones de madurez suficientes para poder adoptar una determinada decisión sobre su salud. En este último caso, obviamente, afirma la Fiscalía que no puede el menor ser quien decida, sino sus representantes legales. En la hipótesis de que éstos no consientan una intervención cuya omisión entrañe un riesgo grave para la vida o salud del menor, es necesario el planteamiento del conflicto ante el Juzgado de Guardia. No obstante, si nos hallamos ante una situación de urgencia, el profesional sanitario puede realizar la intervención aun sin contar con el consentimiento de los representantes legales del menor, concurriendo las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Por su parte, si estamos ante un menor maduro, nos podemos encontrar con tres supuestos. En primer lugar, que sea el menor el que rechace la intervención médica de grave riesgo para su vida o salud en contra del parecer de sus representantes legales. En este caso, afirma la Fiscalía General del Estado que, por aplicación del artículo 9.3.c) LAP, el profesional sanitario puede practicar la intervención, aun en contra de la voluntad del menor, sin necesidad de tener que acudir ni siquiera al Juzgado de Guardia. No obstante, resulta recomendable (aunque no preceptivo), a entender de la Fiscalía, que cuando no concurra una situación de urgencia, se acuda al Juez de Guardia para plantearle el conflicto, por ser la solución más respetuosa con la autonomía del menor.

Segundo, si tanto el menor maduro como sus padres rechazan la intervención de grave riesgo sobre la vida o salud de aquél, el conflicto debe ser elevado al Juez de Guardia, salvo que nos hallemos en una situación de urgencia. En este último caso, el profesional sanitario puede realizar la intervención aun sin contar con el consentimiento del menor ni de sus representantes legales, quedando amparada su actuación bajo las causas de justificación de cumplimiento de un deber y estado de necesidad.

Por último, si el menor capaz consiente su sometimiento a la intervención de grave riesgo aun en contra del parecer de sus repre-

sentantes legales, el profesional sanitario debe respetar la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro. De este modo, el profesional sanitario ha de realizar la intervención aunque los representantes legales del menor se opongan a la misma.

En definitiva, la conclusión esencial que inferimos de la Circular 1/2012 en lo que al menor maduro se refiere es que su voluntad debe ser respetada únicamente en los supuestos en que el mismo decida consentir la intervención de grave riesgo para su vida o salud, pero no cuando su decisión sea de rechazo. La Fiscalía justifica su postura afirmando que, «[p]uesto que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Solo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto». Esto es, no puede darse valor a la decisión de un menor de edad de rechazar una intervención de grave riesgo por hallarse el mismo bajo la protección del Estado y reputar éste (el Estado) que el mejor interés del menor se identifica con la protección de su vida biológica. Al respecto, coincidimos con Oliva Blázquez⁷⁰ en que la identificación «mejor interés del menor-vida biológica», no es correcta o, al menos, no lo es en todos los supuestos. La Fiscalía General del Estado pretende la protección de la vida o salud del menor, pero a costa de su autonomía «presente», ya que ignora, con el fin de proteger su vida, la voluntad de un menor que reúne las condiciones de madurez para decidir si consiente o no una intervención sobre su cuerpo. La Fiscalía justifica su postura afirmando que únicamente de ese modo pueden preservarse las condiciones del «futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto»⁷¹. No obstante, nos pregunta-

⁷⁰ Afirma OLIVA BLÁZQUEZ que «no puede identificarse –como se hace– el interés superior del menor con el simple hecho de vivir desde un punto de vista biológico» (OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, *El menor...*, *op. cit.*, p. 47).

⁷¹ En sentido similar se pronuncia GALÁN CORTÉS al afirmar que «cuando se da un conflicto de intereses entre el poder de autodisposición del menor sobre su cuerpo y la vida, debe primar este segundo, con lo cual podrá autorizarse que la actuación médica se lleve a cabo negando eficacia al consentimiento prestado por el menor que se opone a ella, por cuanto su interés superior ha de ser el de preservar su vida para que pueda ejercer con plenitud todos los demás derechos cuando alcance la mayoría de edad» (GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 5.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 793). Además, este mismo autor aporta un argumento distinto para negar el poder de autodisposición del menor de edad cuando esté en peligro su vida, al señalar: «El artículo 156 del Código Penal establece tres supuestos concretos (trasplantes de órganos, esterilización y cirugía transexual) en los que el menor no podrá prestar su consentimiento, aunque reúna condiciones de madurez suficiente, pues se precisa, entre otros requisitos, que el sujeto sea mayor de edad. Parece evidente que si los menores maduros no pueden consentir en estos actos, con

mos: ¿está justificado que se ignore la decisión de un menor de edad con capacidad suficiente por el hecho de que, debido a su minoría de edad, no tenga plena autonomía? Desde nuestra perspectiva, esta postura está completamente injustificada, habida cuenta de que, si bien un menor de edad no tiene plena autonomía, pues la misma se le reconoce progresivamente en función de su edad y condiciones de madurez hasta llegar a la mayoría de edad (momento en que adquiere la plena capacidad de obrar), se deben respetar las decisiones que adopte en el ámbito de su salud cuando reúna las condiciones de madurez suficientes para ello, más aún teniendo en cuenta que el menor es el único titular del derecho al consentimiento informado y que solo cabe el consentimiento por representación cuando aquél no sea suficientemente maduro para decidir. Ésta es la única lectura del artículo 9 LAP compatible con el respeto a la autonomía del menor de edad. En puridad, lo que la Fiscalía General del Estado hace en la Circular examinada es sustituir el derecho del paciente menor de edad al consentimiento informado por su derecho al consentimiento «siempre y cuando» su decisión sea compatible con la tutela que el Estado está obligado a conferirle y, más concretamente, siempre y cuando la decisión del menor no vaya en contra de su vida o salud. En otros términos, de la Circular 1/2012 se colige que la pauta determinante para decidir qué intervenciones pueden realizarse y cuáles no es la protección del menor por el Estado, y no su consentimiento, de modo que no puede rechazar éste una intervención o tratamiento sobre su cuerpo (pese a que tenga madurez suficiente para ello) cuando el Estado considere que tal negativa pone en peligro la vida o salud que el mismo (el Estado) está obligado a proteger⁷². A nuestro modo de

mayor razón no podrán hacerlo en aquellos casos en que se ponga o pueda ponerse en peligro su salud o su vida. Por lo tanto, no resulta válida ni atendible la posición del menor contraria a someterse a un tratamiento médico necesario, si con ello se lesiona su salud o su integridad física» (GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 799).

⁷² Coincidimos plenamente con OLIVA BLÁZQUEZ cuando dice que «[l]a gravedad de estas conclusiones [las extraídas de la Circular 1/2012], en la que se resume a la perfección el sentir de la institución, es patente: desmonta por completo el derecho fundamental al consentimiento informado (de acuerdo con lo expresado por la STC 37/2011), que se sustituye por una genérica sumisión del menor a «la protección del Estado» (ex art. 39 CE) a través del facultativo, que indica qué es bueno o malo para el paciente (paternalismo); tolera que se lleguen a imponer tratamientos coercitivos, violando el derecho a la integridad física (art. 15 CE) y, en su caso, a la libertad religiosa e ideológica del menor maduro (art. 16 CE); ignora, como hemos visto, la teleología e incluso la literalidad de la legislación vigente en materia de autonomía del paciente así como el régimen jurídico contemporáneo aplicable a la minoría de edad; desconoce por completo la legislación sobre dignidad en el proceso de la muerte que rige en determinadas Comunidades Autónomas y que, con carácter general, considera que los menores emancipados o con dieciséis años pueden rechazar un tratamiento «aunque ello pueda poner en peligro su vida»; por último, vacía de contenido a las instituciones mediante las que se ejercita la representación legal en estas situaciones límite» (OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, *El menor...*, op. cit., p. 47).

entender, el trasfondo de la Circular de la Fiscalía General del Estado es meridiano: se desconfía de la capacidad del paciente menor de edad cuando su decisión es de rechazo al procedimiento médicamente indicado, vacilación que no se observa cuando el paciente menor de edad consiente la actuación médica. Frente a esta realidad reacciona Katz con la pregunta que sigue: «¿Por qué una respuesta afirmativa [no parece] tan sospechosa como una respuesta negativa?»⁷³. En esta línea argumental, refrendamos por completo las palabras de Gracia Guillén *et. al.* cuando sostienen que no se puede juzgar inmaduro a todo aquel sujeto que presente un sistema de valores distinto al del profesional que evalúa su capacidad⁷⁴; en otros términos, no puede hacerse depender la evaluación de la madurez del menor para decidir del contenido de su declaración de voluntad⁷⁵.

⁷³ KATZ, JAY, *El médico y el paciente: su mundo silencioso*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1989, p. 311. Esta cuestión se la plantea KATZ a los pediatras que atienden a una adolescente de quince años que rechaza someterse a una intervención cardíaca sin la cual moriría, casi con toda seguridad, en un plazo de cinco a diez años. La menor se niega a someterse a dicha operación, no por los altos riesgos que conlleva (decisión que los médicos estarían dispuestos a aceptar), sino por el temor a sufrir dolores postquirúrgicos «intolerables». Los pediatras consultan a KATZ sobre qué hacer, a lo que éste responde preguntándoles por qué están dispuestos a admitir el consentimiento a una intervención que conlleva unos riesgos elevados, pero, sin embargo, no están preparados para una respuesta negativa debido al riesgo de mortalidad existente en caso de no practicarse la intervención.

⁷⁴ Defienden GRACIA GUILLÉN *et al.* que «la madurez de una persona, sea ésta mayor o menor de edad, debe medirse por sus capacidades formales de juzgar y valorar las situaciones, no por el contenido de los valores que asuma o maneje. El error clásico ha estado en considerar inmaduro o incapaz a todo el que tenía un sistema de valores distinto del nuestro. Éste fue el gran error del paternalismo. Las personas son respetables por su carácter de personas, no por los valores que defienden, al menos cuando éstos se hallen dentro de unos límites considerados razonables» (GRACIA GUILLÉN, Diego *et al.*, *Toma de...*, *op. cit.*, p. 142).

⁷⁵ Contraria conclusión parece extraerse de la lectura de la cita de ATAZ LÓPEZ que transcribimos de seguido: «En principio parece que debe ser el médico quien valorando las circunstancias emita un juicio acerca de la madurez del menor, y decida por tanto en un sentido u otro; ya que si la madurez del menor debiera ser apreciada por los propios padres, el artículo 162 sería inútil en estos casos: en el momento en que el hijo no estuviera de acuerdo con los padres, éstos podrían alegar que su hijo no reúne las condiciones de madurez suficientes, con lo que en definitiva se haría siempre la voluntad de los padres. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el médico no tiene medio de conocer dicha madurez, ya que quien mejor puede apreciarla es quien convive con el menor, y no el médico; por ello el facultativo debe inclinarse en estos casos por la opinión que sea favorable a la protección de la salud del enfermo» (ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1985). Consiguientemente, la madurez del menor habrá de ser negada en aquellos casos en los que su decisión perjudique su salud, lo que ocurrirá, *v.g.*, cuando el menor rechace una transfusión sanguínea vital por motivos religiosos. A la misma conclusión parece llegar DE LAMA AYMÁ, conforme a la cual «la posibilidad de renuncia del tratamiento con riesgo para la propia vida queda necesariamente condicionada a la existencia efectiva de madurez suficiente para decidir sobre una cuestión existencial de tal calibre. Y ésta, creemos, no se da en un menor de edad que se niega a recibir un tratamiento que tiene posibilidades de mejorar el estado de su salud» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 320).

En el plano dogmático, un importante sector de nuestra doctrina más autorizada encuentra en el ejercicio por los responsables parentales del deber de actuar en beneficio de los hijos y de velar por ellos (deber que les impone el artículo 154 CC en ejercicio de la patria potestad) una justificación a la limitación del derecho del paciente menor de edad a decidir en el ámbito sanitario; en otros términos, sostienen la prevalencia del interés del menor sobre su autonomía, incluso aunque el mismo tenga madurez suficiente prestar personalmente su consentimiento⁷⁶. Efectivamente, el artículo 154 CC afirma, de modo incontestable, que la patria potestad «se ejercerá siempre en interés de los hijos»; ahora bien, no encontramos fundamento alguno en nuestro ordenamiento jurídico para sustentar una identificación absoluta y en todo caso «interés del menor-vida del menor», identificación de la que parte de la doctrina se hace eco, de modo más o menos expreso⁷⁷, y que inspira la solución adoptada por la Fiscalía General del Estado en la comentada Circular 1/2012. Además, esta justificación únicamente sería alegable cuando el menor de edad estuviera sujeto a patria potestad (o tutela), esto es, cuando no estuviera emancipado, pues, en caso contrario, no resultarían aplicables los artículos 154 y 162 CC (o sus homólogos en sede de tutela, a saber, los artículos 216 y 267 CC).

El artículo 2 Ley Orgánica 1/1996, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁷⁸ (en adelante, Ley Orgánica 8/2015), establece, en su apartado segundo, una lista ejemplificativa de criterios generales para la interpretación y aplicación *ad hoc* del interés superior del menor. Entre tales criterios se establecen, en el mismo nivel (*id est*, sin relación de

⁷⁶ En este sentido se pronuncia SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: «el hecho de que al menor de edad se le reconozca capacidad para consentir, siendo consciente de las consecuencias que de cara al futuro puede tener el acto derivado del ejercicio de los derechos a él reconocidos, no quiere decir que una vez valorado el consentimiento prestado se le otorgue plena validez, en la medida en que frente al juicio libremente emitido por el menor está su propio interés. [...] cuando al menor de edad se le niega la capacidad para consentir no podemos pensar exclusivamente que no tiene capacidad natural suficiente, sino que, aun ostentándola, es posible que su ejercicio no redunde en su beneficio, en cuyo caso el consentimiento cede ante el interés. Por lo tanto, ante el conflicto capacidad natural-interés del menor prima este último» (SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, *Capacidad natural...*, *op. cit.*, p. 966). En la misma línea, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, *La construcción...*, *op. cit.*, p. 70.

⁷⁷ Esta identidad «interés superior del menor-vida del menor» la reconoce sin tapujos Díez RODRÍGUEZ, según el cual «El artículo 2.1 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, establece que: «*primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés jurídico que pudiera concurrir*», nos conduce necesariamente a la regla de la proporcionalidad de derechos, y entre la vida del menor y su libertad religiosa o su incolumidad corporal, estimo que, por tratarse de una decisión de consecuencias irreversibles, debe prevalecer el primero de ellos, por lo menos, hasta que este alcance su mayoría de edad» (DÍEZ RODRÍGUEZ, José Ramón, *El paciente...*, *op. cit.*, p. 207).

⁷⁸ BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

jerarquía), la protección del derecho a la vida del menor y la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones. Por su parte, el apartado tercero del mencionado precepto, igualmente tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2015, establece los elementos generales que deben considerarse para ponderar los distintos criterios cuando varios de ellos pudieran entrar en conflicto en un mismo supuesto. Entre estos elementos podemos destacar la edad y madurez del menor. Como podemos comprobar, la Ley Orgánica 1/1996, en su redacción vigente, hace uso, para definir el interés del menor, de la técnica legislativa de la concreción normativa (por contraposición a la técnica de la cláusula general), «congruente con la idea de que cuantos más elementos de juicio y concreción aporte la norma general más fácil será la determinación futura de sus efectos y menos riesgos habrá de equivocación en su aplicación»⁷⁹. Ahora bien, lo que no puede deducirse del artículo 2 Ley Orgánica 1/1996, por no existir apoyatura para ello, es la identificación categórica «interés superior del menor-vida del menor».

A nuestro entender, si el menor tiene madurez suficiente para adoptar una decisión en el ámbito de su salud, le corresponde al mismo la definición de lo que es su mejor interés; en otros términos, es la propia autonomía del menor maduro la que debe determinar su mejor interés, planteamiento que resulta coherente con las previsiones del artículo 154 CC, conforme al cual «[l]a patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos», y continúa, «de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental», de lo que resulta que la actuación tuitiva de los responsables parentales en la esfera personal del menor no es ilimitada, debiendo respetarse su personalidad, de la que es manifestación la voluntad libremente expresada por el menor maduro⁸⁰.

En conclusión, entendemos que el supuesto excepcional regulado en el artículo 9.4 *in fine* LAP vulnera los derechos del paciente menor de edad maduro al consentimiento informado, a la integridad física o psíquica (art. 15 CE)⁸¹, a la libertad religio-

⁷⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...*, *op. cit.*, p. 106.

⁸⁰ Suscribimos plenamente las palabras de DE LAMA AYMÁ cuando afirma que «[n]o estamos, ante un menoscabo de la personalidad cuando el menor toma una decisión vital o existencial por relevancia que ésta tenga y por muy contraria que sea a la opinión de los padres sino que nos encontramos ante una manifestación más de la propia personalidad del menor con suficiente autogobierno» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 106). Dicho de otro modo, «cuando el menor tiene capacidad de autogobierno, los límites a su actuación no solo no protegen sino que vulneran el libre desarrollo de su personalidad y ello es especialmente patente en el ámbito de los derechos fundamentales» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 310).

⁸¹ El derecho del paciente a la integridad física o psíquica resulta vulnerado cuando su voluntad es de rechazo a la actuación de grave riesgo sobre su cuerpo y, sin embargo, ésta se lleva a cabo por haberla consentido sus representantes legales o la autoridad judicial.

sa (art. 16 CE)⁸² y a la intimidad y confidencialidad (art. 18 CE)⁸³. Ciertamente es que ninguno de los derechos de los que es titular una persona (ni siquiera los derechos fundamentales) son absolutos, pudiendo los mismos ser limitados cuando entran en conflicto con otros derechos y se reputa, tras realizarse un juicio de proporcionalidad, que unos deben ceder ante otros. Sin embargo, estimamos que la violación de los derechos del paciente menor de edad que entraña la excepción contemplada en el artículo 9.4 *in fine* LAP no encuentra justificación jurídica alguna. Si un menor de edad (tenga la edad que tenga y esté emancipado o no) supera el juicio de capacidad al que ha de someterlo el facultativo que le asiste, debe ser él quien preste su consentimiento informado al procedimiento propuesto, con independencia de que se trate de una actuación de grave riesgo o, por el contrario, inocua. Por razones obvias, cuanto mayor es el riesgo que conlleva la actuación a practicar sobre el menor de edad, mayor es el grado de madurez que se exige a éste para que supere el juicio de capacidad. Por tanto, resulta más que evidente que no se exigen las mismas condiciones de madurez a un menor para consentir una extracción de sangre que para rechazar una transfusión sanguínea vital, siendo mayor el grado de madurez exigido al menor de edad cuanto mayor sea la gravedad e irreversibilidad de las consecuencias de su decisión⁸⁴. No obstante, si aun adoptándose este juicio

⁸² Se vulnera la libertad religiosa del paciente menor de edad cuando rechaza su sometimiento a una actuación de grave riesgo, por ser contraria a los principios de la religión que profesa, y, pese a ello, la intervención se lleva a cabo por haber sido consentida por sus representantes legales o la autoridad judicial.

⁸³ Se vulnera este derecho cuando se proporciona a los representantes legales del paciente menor de edad su información sanitaria aun reuniendo aquél la capacidad suficiente para entenderla, pese a que el artículo 5.1 LAP establece que el titular del derecho a la información es el paciente y que las personas vinculadas al mismo por razones familiares o de hecho pueden ser también informadas, pero en la medida en que el paciente lo permita de forma expresa o tácita. Coincidimos por completo con DE LAMA AYMÁ cuando afirma que «si negamos al menor, que tiene capacidad natural para decidir sobre la intervención o tratamiento, la posibilidad de prestar por sí mismo su consentimiento, le estamos condenando a que sus representantes legales conozcan determinados datos de su vida privada que, quizás, el menor no quiera revelar y a que exista una injerencia en su intimidad que el menor capaz debe poder controlar» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 310).

⁸⁴ En la misma línea, entendemos que se exige al menor de edad también un mayor grado de madurez para autodeterminarse cuando la actuación médico-sanitaria que pretende consentir se incardina en la conocida como medicina voluntaria o satisfactiva, al no venir exigida para el mantenimiento o restitución de la salud física del menor, si bien su éxito puede desplegar una sobresaliente influencia en la salud psíquica del paciente cuando sufra algún complejo por razón del defecto físico o estético que se pretende corregir con la actuación médica. Quedan exceptuadas, sin embargo, las intervenciones de trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual, que, por imperativo del artículo 156 CP, no pueden ser consentidas válidamente ni por el menor de edad (con independencia de su madurez) ni por sus representantes legales. A nuestro juicio, la única explicación que *a priori* encontramos a la prohibición de consentir válidamente que el artículo 156 CP impone al menor de edad es la convicción del legislador de que el menor en ningún caso ostenta la madurez suficiente para entender las consecuencias absolutamente irreversibles del tras-

de capacidad «cualificado» el menor lo supera, debe ser él quien otorgue personalmente su consentimiento, no encontrando justificación alguna la excepción analizada.

2.4 CONCLUSIONES

Tras estudiar detenidamente la regulación contenida en los artículos 154 y 162 CC y 9.3.c) y 9.4 LAP, creemos firmemente que la problematidad que conlleva su aplicación en la práctica se debe a un desenfocado encauzamiento de la cuestión sobre la capacidad de obrar del menor. Tradicionalmente, dicho debate se traduce en la exigencia de sopesar la necesidad de proteger al menor de edad, de un lado, y el ejercicio por éste de sus derechos de la personalidad, de otro. Además, el planteamiento de la cuestión siempre ha partido de la consideración del menor de edad como un ser necesitado de protección por su condición de «particularmente vulnerable»⁸⁵ y del entendimiento de que el modo idóneo de protegerlo es limitar su autonomía, siendo sus progenitores los que han de decidir en su mejor interés y correspondiendo a éstos y, en última instancia, a la autoridad judicial, la definición de lo que constituye el mejor interés del menor.

Bajo nuestro punto de vista, este planteamiento resulta desacertado *ab initio*, pues, entendemos, la mejor forma de proteger al menor no es restringiendo su autonomía, sino, justamente, promoviéndola. En este sentido se pronuncia la Ley Orgánica 1/1996, en su Exposición de Motivos:

«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. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del

plante de órganos, esterilización y cirugía transexual, y, añadimos, no quiere arriesgarse a que en algún caso los profesionales sanitarios o, en última instancia, la autoridad judicial, puedan reputar acreditada la madurez del menor a tal efecto...

⁸⁵ BÓRQUEZ POLLONI, Blanca *et al.*, «Huelga de hambre en adolescentes: un desafío ético para el equipo de salud», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 27, 2013, p. 7.

sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección»⁸⁶.

Asimismo, defendemos la necesidad de abandonar la consideración del menor como un mero sujeto necesitado de protección y tutela por parte de adultos y poderes públicos, para reputarlos como «sujetos de pleno derecho»⁸⁷. De esta suerte, suscribimos las palabras de Rivero Hernández cuando afirma:

«Por un lado, frente a una visión paternalista tradicional que concedía al menor un *status* de persona meramente protegida, una concepción moderna, actual, orienta la protección confiriéndole, sobre todo a partir de cierto momento de su vida (la adolescencia), el *status* de persona (tendencialmente) autónoma, partícipe principal en la concreción de su propio interés. Desde esta perspectiva, el interés del menor, en ese contexto protector, no consiste ya solo en buscar lo mejor para él, sino en ayudarle a adquirir progresivamente mayor autonomía y una identidad de adulto que le habilite para ejercer él directamente derechos y libertades indeclinables»⁸⁸.

En conclusión, el debate relativo al poder decisorio de los menores se puede abordar desde dos posicionamientos: uno inclinado al paternalismo y otro al autonomismo⁸⁹; dicho de otro modo, una tendencia que defiende la necesidad de proteger al menor por razón de su vulnerabilidad y otra que tiende a su emancipación respecto de una situación de dependencia, excesiva en muchas ocasiones⁹⁰. A nuestro parecer, ambas aproximaciones no son antagónicas (al menos en principio), pues, entretanto el menor de edad no alcance la madurez suficiente para actuar por sí mismo en el ámbito de sus derechos de la personalidad, resulta necesaria su protección, si bien no pudiendo consistir la actuación tutiva de sus progenitores en la suplantación del menor en la toma de decisiones y

⁸⁶ Por su parte, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ sostiene la existencia de una doble vía (activa y pasiva) de protección del menor: «la protección del menor se manifiesta de forma activa fomentando su autonomía y permitiendo que actúe por sí mismo, pero también se puede manifestar de forma pasiva impidiendo la actuación del menor cuando ésta pueda ser lesiva para el normal desarrollo de su personalidad» (VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, *La construcción...*, *op. cit.*, p. 68).

⁸⁷ VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 49, 2015, p. 18.

⁸⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...*, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁹ Coincidimos con GRACIA GUILLÉN *et. al.* en que «[t]oda ambigüedad de los juicios sociales y jurídicos respecto de la conducta moral de los adolescentes tiene como base el conflicto entre dos modos distintos de entender su vida moral, el modo o modelo «paternalista» o clásico y el «autonomista» o moderno» (GRACIA GUILLÉN, Diego *et al.*, *Toma de...*, *op. cit.*, p. 139).

⁹⁰ En el ámbito anglosajón, este debate viene representado por la confrontación entre los *Welfarists*, centrados en el bienestar del menor, y los *Liberationists*, que consideran prioritario la defensa de sus derechos (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...*, *op. cit.*, pp. 38-39).

en la determinación de su interés superior con ignorancia absoluta de su opinión. De hecho, se requiere que la protección del menor se compatibilice con la participación del mismo en la adopción de las decisiones que le conciernen para que éste pueda ir adquiriendo la madurez suficiente para actuar por sí mismo en los distintos escenarios de socialización. Ahora bien, una vez que el menor es juzgado suficientemente maduro para ejercitar un determinado derecho, aunque el deber de velar por los hijos sujetos a patria potestad que el artículo 154 CC impone a los responsables parentales no decae (si bien sí se debilita⁹¹), dicha actuación tuitiva debe realizarse, como establece el citado precepto, «de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental», lo que implica la preeminencia de la autonomía del menor en el ejercicio de sus derechos sobre cualquier actuación tuitiva que sus progenitores tengan a bien realizar. En suma, abogamos en el presente trabajo por la necesidad de relegar el tradicional paternalismo que ha imperado el ejercicio por el menor de edad de su derecho a prestar el consentimiento informado en el ámbito sanitario (y, en general, en el ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor), adoptando una posición más autonomista que favorezca la integración de los menores de edad en el proceso de adopción de las decisiones relativas a su salud con el fin de promover que, progresivamente, vayan adquiriendo la madurez requerida para adoptar personalmente tales decisiones. Cierto es que, cuanto mayor es el grado de madurez del menor, más en cuenta ha de tomarse su opinión a la hora de adoptar una decisión relativa a su salud⁹²; ahora bien, cuando el facultativo responsable de la asistencia del menor considere que éste tiene madurez suficiente para consentir o rechazar una determinada actuación médico-sanitaria, consideramos, *de lege ferenda*, que debería respetarse su decisión en todo caso, aun

⁹¹ Como afirma DE LAMA AYMÁ, «la necesidad de protección [del menor] disminuye de forma inversamente proporcional al aumento de su madurez» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 307). De esta suerte, las posibilidades de actuación de los responsables parentales en el ámbito de los derechos de la personalidad del menor abarcan desde la posibilidad de adoptar la decisión final cuando el menor carece de madurez para decidir personalmente, actuando en ejercicio de sus deberes de protección (no como representantes legales) y debiendo escuchar la opinión del hijo, hasta una mera posibilidad de asistencia o asesoramiento al menor cuando tenga madurez suficiente para ejercitar el derecho de la personalidad de que se trate.

⁹² Al respecto, establece el Convenio de Oviedo, en su artículo 6.2 *in fine*, que «[I]a opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez». Bajo nuestro punto de vista, el matiz esencial a tener en cuenta para determinar en qué medida la opinión del menor de edad ha de tomarse en consideración no es su edad, sino su grado de madurez, hasta el extremo de tener que respetarse su voluntad cuando alcance unas condiciones de madurez suficientes para prestar el consentimiento informado con relación a una determinada actuación médico-sanitaria.

tratándose de una actuación de grave riesgo para su vida o salud. No obstante, entretanto siga vigente la excepción prevista en el artículo 9.4 LAP debe la misma ser respetada, por muy injustificada que se nos presente...

3. CONSENTIMIENTO POR EL MENOR DE EDAD EN INGLATERRA

En el presente epígrafe, abordamos el análisis del régimen del consentimiento y del rechazo al tratamiento médico por el menor de edad en Inglaterra. Para ello, consideramos necesario estudiar, en primer lugar, el régimen previsto en la *Family Law Reform Act 1969*, para luego analizar la interpretación que de la misma hace el *case law* y la evolución de dicha exégesis a lo largo del tiempo⁹³.

3.1 SECCIÓN 8 DE LA *FAMILY LAW REFORM ACT 1969*

La cuestión objeto de estudio se aborda en la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969*, que, dada su importancia a los efectos del presente trabajo, reproducimos literalmente:

«(1) The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian.

(2) In this section «surgical, medical or dental treatment» includes any procedures undertaken for the purposes of diagnosis, and this section applies to any procedure (including, in particular, the administration of an anaesthetic) which is ancillary to any treatment as it applies to that treatment.

(3) Nothing in this section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this section had not been enacted.»

⁹³ La regulación expuesta en el presente apartado constituye el Derecho vigente también en Gales. En Escocia, sin embargo, el régimen jurídico del consentimiento y el rechazo al tratamiento médico por el menor de edad lo contempla la sección 2(4) de la *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, conforme a la cual: «A person under the age of 16 years shall have legal capacity to consent on his own behalf to any surgical, medical or dental procedure or treatment where, in the opinion of a qualified medical practitioner attending him, he is capable of understanding the nature and possible consequences of the procedure or treatment».

De la lectura del precepto transcrito y, en concreto, de su primera subsección, se deduce claramente que los menores con dieciséis o diecisiete años cumplidos tienen poder para consentir cualquier tratamiento quirúrgico, médico o dental, aclarando la subsección segunda qué ha de entenderse por tratamiento quirúrgico, médico o dental a tales efectos. No obstante, la letra del artículo no resuelve (o, al menos, no lo hace tan claramente) dos cuestiones: 1) si un menor por debajo de los dieciséis años puede consentir un tratamiento médico, y 2) si un menor, con independencia de su edad (es decir, haya cumplido o no los dieciséis años), puede rechazar un tratamiento médico. Para dar respuesta a estas cuestiones hemos de estudiar cómo el *case law* inglés interpreta la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969*.

3.2 GILLICK CASE: EL PUNTO ÁLGIDO EN EL IMPULSO DE LA AUTONOMÍA DEL MENOR

La sentencia más importante que trata sobre el poder de los menores de edad para consentir un tratamiento médico es la dictada por la *House of Lords* el 17 de octubre de 1985 en el asunto *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another* [1986] 1 A. C. 112. En este caso, el *Department of Health and Social Security* publica una guía sobre planificación familiar para ordenar la organización y desarrollo del servicio de planificación familiar. En dicha guía se establece que todas las personas tienen derecho a recibir sesiones de planificación familiar con independencia de la edad que tengan, aunque la guía enfatiza que, en el caso de que el menor tenga menos de dieciséis años, debe el médico intentar convencerlo de que acuda acompañado de sus padres o tutores, no siendo lo habitual proporcionar información o tratamiento anticonceptivo a menores por debajo de los dieciséis años sin el consentimiento de sus padres; no obstante, corresponde al facultativo la decisión final sobre si se proporciona o no dicha información o tratamiento al menor incluso aunque acuda sin acompañante. Esta guía llega a conocimiento de la demandante, una señora (Victoria Gillick) que tiene cinco hijas menores de edad, todas ellas por debajo de los dieciséis años. Mrs. Gillick escribe a la autoridad sanitaria local con la finalidad de que ésta le asegure que no se le va a proporcionar a sus hijas información o tratamiento anticonceptivo sin su consentimiento, contestando la autoridad local en sentido desestimatorio. Con estos antecedentes, Mrs. Gillick demanda al *Department of Health and Social Security* y al *Norfolk Area Health Authority* (posterior *West Norfolk and*

Wisbech Area Health Authority), reclamando: 1) que se declare que los demandados no tienen legitimación para publicar una guía con dicho contenido, pues, conforme a la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969*, el menor tiene poder para prestar el consentimiento siempre que haya cumplido los dieciséis años, pero, cuando no haya alcanzado tal edad, son sus padres los encargados de otorgar el consentimiento; 2) que el cumplimiento de lo previsto en la guía publicada entrañaría la afectación del bienestar de las menores y los derechos parentales y de custodia de la demandante respecto de sus hijas, y 3) una declaración dirigida a la autoridad sanitaria para que ningún empleado del servicio de planificación familiar pueda proporcionar a sus hijas información o tratamiento anticonceptivo o sobre el aborto sin su consentimiento. Los demandados, por su parte, defienden la legalidad de la guía publicada.

En puridad, la disputa se origina de resultados de la distinta interpretación que ambas partes hacen de la sección 8 (3) de la *Family Law Reform Act 1969*, según la cual no hay nada en la sección 8 que haga inefectivo un consentimiento que hubiera sido efectivo si no se hubiera publicado dicha sección. A juicio de la demandante, esta subsección tercera implica que, si siendo el paciente un menor con dieciséis años cumplidos se hubiera obtenido el consentimiento de sus progenitores, dicho consentimiento no devendría inefectivo con la publicación de la sección 8 (concretamente, de su subsección primera, según la cual el menor con dieciséis años tiene derecho a prestar su consentimiento personalmente). Por su parte, los demandados interpretan que, pese a que la subsección primera solo atribuye poder para prestar el consentimiento a los menores con dieciséis años cumplidos, el consentimiento del menor por debajo de los dieciséis años, que a juicio de los demandados era legal antes de la *Family Law Reform Act 1969*, continuaría siéndolo tras ella.

En primera instancia, la *High Court of Justice* desestima las pretensiones de la demandante, afirmando Woolf J. que el hecho de que un niño no haya cumplido los dieciséis años no significa automáticamente que no pueda prestar su consentimiento a ningún tratamiento, sino que su poder para consentir depende de su madurez y entendimiento, correspondiendo a sus padres la prestación del consentimiento si el menor no supera este juicio de capacidad. Mrs. Gillick recurre esta sentencia desestimatoria ante la *Court of Appeal*, que estima el recurso afirmando que el contenido de la guía no es legal, puesto que cualquier médico que trate a un menor por debajo de los dieciséis años sin el consentimiento de sus padres (salvo en situaciones de urgencia) está infringiendo los derechos

parentales de los progenitores. En este contexto, el *Department of Health and Social Security* recurre la sentencia de la *Court of Appeal* ante la *House of Lords*, que, con el disenso de Lord Brandon of Oakbrook y Lord Templeman, sostiene que no existe límite de edad por debajo del cual un menor no puede obtener información y/o tratamiento anticonceptivo, sino que cualquier menor, con independencia de su edad, puede acceder a todo tratamiento y examen médico siempre que tenga suficiente madurez e inteligencia para entender la naturaleza e implicaciones del procedimiento propuesto. Los derechos parentales de los progenitores irán menguando conforme aumenten la madurez y entendimiento del menor, no entrando en juego en aquellos casos en que el menor reúna la suficiente capacidad para decidir por sí mismo⁹⁴. Por tanto, podemos resumir la postura mayoritaria de la *House of Lords* como sigue: cualquier menor, con independencia de su edad, tiene derecho a prestar el consentimiento; no obstante, cuando el menor no haya cumplido aún los dieciséis años, no se le aplica la sección 8 (1) de la *Family Law Reform Act 1969*, sino que su poder para consentir depende de su madurez y entendimiento. Sobre este particular, nos parecen de relevancia las palabras de Lord Scarman, según el cual, cuando se aplican al tratamiento anticonceptivo las conclusiones expuestas sobre la necesidad de someter a la menor a un juicio de capacidad,

«[i]t is not enough that she should understand the nature of the advice which is being given: she must also have a sufficient maturity to understand what is involved. There are moral and family questions, especially her relationship with her parents; long-term problems associated with the emotional impact of pregnancy and its terminations; and there are risks to health of sexual intercourse at her age, risks which contraception may diminish but cannot eliminate. It follows that a doctor will have to satisfy himself that she is able to appraise these factors before he can safely proceed upon the basis that she has at law capacity to consent to contraceptive treatment.»

⁹⁴ Lord Fraser of Tullybelton (concurriendo Lord Bridge y Lord Scarman) señala que estaría justificado que el médico diera información anticonceptiva al menor de edad sin el consentimiento (e incluso, sin el conocimiento) de sus padres si se cumplieran las siguientes condiciones: «(1) that the girl (although under 16 years of age) will understand his advice; (2) that he cannot persuade her to inform her parents or to allow him to inform the parents that she is seeking contraceptive advice; (3) that she is likely to begin or to continue having sexual intercourse with or without contraceptive treatment; (4) that unless she receives contraceptive advice or treatment her physical or mental health or both are likely to suffer; (5) that her best interest require him to give her contraceptive advice, treatment or both without the parental consent».

Si comparamos estas palabras con lo establecido por los tribunales en otros casos en los que el paciente es un adulto⁹⁵, podemos concluir que Lord Scarman eleva el nivel de entendimiento exigible a los menores de edad por encima del que se exige a los pacientes adultos⁹⁶.

Queda clara, en consecuencia, la postura adoptada en el caso *Gillick* en lo que a la prestación del consentimiento por el menor de edad se refiere, pero, ¿qué ocurre con el rechazo al tratamiento? Es decir, ¿puede un paciente menor de edad rechazar un tratamiento médico? Del pronunciamiento de Lord Scarman parece deducirse que el mismo sostiene, *obiter dicta*, que los menores de edad, si reúnen las condiciones de madurez y entendimiento suficientes, también pueden rechazar el tratamiento. Literalmente, dice Lord Scarman lo que sigue:

«In the light of the foregoing I would hold that as a matter of law the parental right to determine whether or not⁹⁷ their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed.»

Por lo tanto, a juicio de Lord Scarman, el menor puede rechazar el tratamiento si tiene suficiente madurez para entender el procedimiento propuesto y las consecuencias de su decisión⁹⁸.

Por último, solo nos queda añadir que, pese a que en el caso *Gillick* se juzga la legalidad del consentimiento prestado por una menor por debajo de los dieciséis años a un tratamiento anticonceptivo, los principios en él enunciados tienen carácter general y se aplican con independencia de que el paciente sea hombre o mujer y de la naturaleza del tratamiento de que se trate⁹⁹.

⁹⁵ Como ejemplo, podemos citar el caso *Re A*, [2010] EWHC 1549 (*Fam*), donde una autoridad local solicita, *inter alia*, que se declare que Mrs. A, de 29 años de edad y con un bajo coeficiente intelectual y una minusvalía mental (discapacidad que también tiene su marido), carece de capacidad para decidir sobre el uso de anticonceptivos y que debe recibir dicho tratamiento contraceptivo en su interés, pues ha dado ya a luz a dos hijos (antes de conocer a su marido) que le han sido retirados tras el parto al juzgar los trabajadores sociales que Mrs. A no tiene capacidad suficiente para conocer las necesidades de los bebés. A juicio de Bodey J., para resolver que una persona tiene capacidad para consentir o rechazar un tratamiento anticonceptivo se le ha de exigir que entienda los aspectos médicos del mismo, pero no las consecuencias sociales de decidir aceptar o no dicho tratamiento.

⁹⁶ PATTINSON, Shaun D., *MEDICAL LAW and Ethics*, Sweet & Maxwell (Thomson Reuters), London, 2014, p. 162. *Vid.* también NELSON-JONES, Rodney *et al.*, *Medical negligence case law*, Second edition, Butterworths, London, 1995, pp. 9-10.

⁹⁷ Énfasis añadido.

⁹⁸ TEFÉ, Harvey, *Reasonable care. Legal perspectives on the doctor/patient relationship*, Oxford University Press, New York, 1994, p. 147.

⁹⁹ NELSON-JONES, Rodney *et al.*, *Medical negligence...*, *op. cit.*, p. 9; KHAN, Malcolm *et al.*, *Clinical negligence*, Second edition, London, 2002, p. 46. *Vid. Re (on the application of Axon) v Secretary of State for Health and another* [2006] EWHC 37

3.3 EVOLUCIÓN POSTERIOR A *GILLICK*

Tras el asunto *Gillick*, el *case law* inglés mantiene los principios establecidos en dicho emblemático juicio en lo referido al poder del menor de edad para consentir el tratamiento, lo que se observa, por ejemplo, en el caso *R (on the application of Axon) v Secretary of State for Health and another [2006] EWHC 37 (Admin)*. Sue Axon es una madre divorciada con cinco hijos, siendo las dos menores niñas de doce y quince años. Mrs. Axon se sometió a un aborto dos décadas antes de que el proceso judicial se iniciara, no queriendo que ninguna de sus hijas se viera en una situación semejante sin contar con la experiencia y apoyo de su madre. Por esta razón, solicita a la *High Court of Justice* que dicte una resolución en la que declare: 1) que un médico no tiene la obligación de mantener la confidencialidad de la información y tratamiento que proporcione a un menor de edad sobre métodos anticonceptivos, enfermedades de transmisión sexual y aborto y que, por tanto, no debe proporcionar dicha información y tratamiento sin el conocimiento de sus padres, salvo que el interés del menor así lo aconseje, y 2) que se declare la ilegalidad de la *Best Practice Guidance for Doctors and Other Health Professionals on the Provision of Advice and Treatment to Young People under Sixteen on Contraception, Sexual and Reproductive Health*, según la cual un profesional sanitario puede dar información y aplicar tratamiento en materia sexual a menores por debajo de los dieciséis años sin el consentimiento (e incluso, sin el conocimiento) de sus padres, siempre que se cumplan unas estrictas condiciones (que, básicamente, habían sido establecidas por Lord Fraser en el caso *Gillick*¹⁰⁰), debiendo respetar el médico la confidencialidad del paciente menor de edad como si de un adulto se tratase. En este caso, Silver J. resuelve que la demandante no tiene derecho a la resolución declarativa que busca, utilizando una argumentación muy semejante a la empleada en el *Gillick case* y sosteniendo que un menor, con independencia de su edad, puede consentir un tratamiento siempre que tenga suficiente madurez y entendimiento sobre el procedimiento propuesto.

(*Admin*), donde Silver J. señala: «The speeches of Lord Fraser, Lord Scarman and Lord Bridge do not indicate or suggest that their conclusions depended in any way upon the nature of the treatment proposed because the approach in their speeches was and is of general application to *all* forms of medical advice and treatment. Indeed the approach of the majority was to consider in *general* terms the reasons why parental knowledge or consent might be required for medical advice and treatment and then again in *general* terms when the parental knowledge or consent would no longer be required».

¹⁰⁰ *Vid. supra*, nota al pie núm. 94.

Como podemos comprobar, el consentimiento por el menor de edad plantea pocos problemas en la práctica. Ahora bien, es en materia de rechazo al tratamiento o intervención donde la evolución jurisprudencial se ha hecho más evidente, habiendo evolucionado el *case law* desde el caso *Gillick*, que supuso un importante reforzamiento de la autonomía del paciente menor de edad en lo que a la adopción de decisiones relativas a su salud se refiere, hasta otras resoluciones más recientes en las que se limita la autonomía del menor si lo que éste desea es rechazar el procedimiento prescrito.

De esta suerte, tras el caso *Gillick*, en el que del juicio de Lord Scarman parece deducirse que un paciente menor de edad puede rechazar un tratamiento siempre que reúna las condiciones de madurez y entendimiento suficientes para ello, la *High Court of Justice* sostiene una postura similar en *Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1992] 2 FCR 219*. En este caso, un menor de quince años y diez meses es diagnosticado de leucemia. El tratamiento convencional para tratar dicha patología (con el que existe una probabilidad de remisión de la enfermedad de entre el 80 y el 90%) consiste en la administración de cuatro medicamentos, dos de los cuáles hacen necesaria la realización de una transfusión sanguínea cada cierto tiempo. Tanto el menor como su familia rechazan, por profesar la religión de los Testigos de Jehová, la administración de transfusiones de sangre como parte del tratamiento. Ante dicho rechazo, el hospital decide aplicar un tratamiento alternativo con el que la probabilidad de remisión de la leucemia ronda el 60%. No obstante, en dos semanas el estado de salud del menor empeora hasta el punto de peligrar su vida, razón por la cual el hospital busca en los tribunales una autorización para poder aplicar al menor el tratamiento convencional, incluyendo las transfusiones de sangre. En la *High Court*, Ward J. afirma que la sección 8 (1) de la *Family Law Reform Act 1969* no resulta aplicable en este caso porque el menor no ha cumplido aún los dieciséis años, razón por la cual, al no encontrar solución en los *statutes*, la busca en el *common law*, concretamente, en el *Gillick case* y, más específicamente, en el juicio de Lord Scarman, según el cual el menor puede rechazar el procedimiento propuesto siempre que tenga suficiente capacidad para ello. En el asunto enjuiciado, Ward J. considera que el menor no tiene madurez bastante para consentir, pues no llega a comprender todas las implicaciones que conllevaría para él y su familia el proceso de la muerte, con lo que corresponde al tribunal decidir sobre el tratamiento aplicable. En conclusión, del juicio de Ward J. parece deducirse que se sigue la

línea del caso *Gillick* con relación al rechazo al tratamiento o intervención cuando el paciente es un menor por debajo de los dieciséis años, concluyendo que resulta vinculante su negativa al tratamiento cuando tenga suficiente capacidad para entender las consecuencias de su decisión, circunstancia no concurrente en el supuesto sometido a su consideración¹⁰¹.

A partir de éste, encontramos una sucesión de casos en los que los tribunales restringen el poder del menor para rechazar el procedimiento propuesto. En esta línea se posiciona la sentencia dictada por la *Court of Appeal* en el caso *Re R (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* [1991] 4 All ER 177, donde se plantea la cuestión de si un tribunal puede ignorar, en ejercicio de su *parens patriae*, la negativa de R (una menor de quince años y diez meses) a recibir un tratamiento consistente en tomar ciertos medicamentos. En primera instancia, Waite J. concede un permiso a la autoridad local para ingresar a la menor en una unidad psiquiátrica de adolescentes y administrarle la correspondiente medicación al margen de su voluntad. Esta sentencia es recurrida ante la *Court of Appeal*, que resuelve que un tribunal tiene poder para consentir el tratamiento médico de un menor, incluso en contra de su voluntad y aunque se trate de un menor maduro, poder que comparte con los padres del menor. No obstante, mientras que el tribunal tiene el poder de vetar el consentimiento del paciente a un determinado procedimiento, los padres no disponen de dicho poder, debiendo éstos respetar el consentimiento prestado por el menor de edad. En este supuesto nos parece de especial relevancia el juicio de Lord Donaldson of Lyvington MR., según el cual un menor *Gillick competent* o con dieciséis años cumplidos tiene poder para consentir un procedimiento, si bien dicho poder concurre con el que también ostentan los padres o tutores para consentir. Lord Donaldson utiliza la analogía de los llaveros (*keyholder analogy*) para explicar cómo interaccionan los poderes para consentir de los menores y de sus padres señalando que, mientras que si un paciente es mayor de edad y maduro solo él tiene la llave para abrir la puerta del tratamiento (es decir, solo él puede otorgar el consentimiento al procedimiento propuesto), en el caso de que el paciente sea menor de edad, tanto él como sus padres van a ser portadores de sendas llaveros (es decir, tanto el paciente como sus padres pueden consentir el tratamiento, sin que ninguno de ellos pueda vetar el consentimiento prestado por el otro). Además, si los padres disienten entre sí a la

¹⁰¹ Dice Ward J.: «If, therefore, this case depended upon my finding of whether or not A is of sufficient understanding and intelligence and maturity to give full and informed consent, I find that he is not. Both, therefore, because s 8 does not apply and because, as I find, his veto is not a binding one, he not being in the position to take the decision [...]».

hora de decidir, de forma que uno de ellos consiente al procedimiento y el otro lo rechaza, el médico se enfrenta a una cuestión ética y profesional, pero no legal, puesto que está protegido frente a las reclamaciones por *trespass* o *criminal assault* siempre que haya obtenido el consentimiento de al menos uno de los progenitores (o, en su caso, del menor maduro).

Un año después, en el caso *Re W (a minor) (medical treatment) [1992] 4 All ER 627*, se plantea la misma cuestión. W, una menor de dieciséis años que sufre anorexia nerviosa, se encuentra hospitalizada en una unidad especializada en el tratamiento de niños y adolescentes. No obstante, debido a la preocupación sobre el estado de salud de W, se propone su traslado a un hospital especializado en el tratamiento de trastornos alimenticios, traslado que la menor rechaza. En primera instancia, Thorpe J. autoriza dicho traslado aun en contra de la voluntad de W, sometiendo tal permiso a la necesidad de nombrar a la menor unos nuevos padres adoptivos (*foster parents*). Esta decisión es recurrida ante la *Court of Appeal*, que se cuestiona si resulta conforme a la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969* que un menor por debajo de los dieciséis años tenga poder exclusivo para consentir o rechazar un tratamiento médico. Encontrándose el asunto pendiente de resolución por la *Court of Appeal*, el estado de salud de W empeora y el tribunal ordena su traslado. Dictada dicha orden, el tribunal procede a resolver la cuestión planteada, a saber, si un menor tiene un poder absoluto para rechazar un tratamiento. Al respecto, tras interpretar la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969*, la *Court of Appeal* resuelve, siguiendo la senda iniciada en *Re R*, que dicha sección no se aplica cuando el menor pretende rechazar el procedimiento propuesto, pudiendo el tribunal, en ejercicio de su jurisdicción inherente e ilimitada para la protección de los menores de edad, ignorar los deseos de un menor *Gillick competent* cuando el rechazo pretendido le conduciría, probablemente, a la muerte o a resultar gravemente dañado, basándose para ello en el mejor interés del menor y valorando este interés de modo objetivo; además, los padres también tienen el poder de vetar la decisión de rechazo del menor. Respecto del poder del menor para consentir al tratamiento, la *Court of Appeal* sostiene la postura tradicional, según la cual: 1) al menor con dieciséis años cumplidos se le aplica la sección 8 (1) de la *Family Law Reform Act 1969*, y 2) el menor por debajo de los dieciséis años puede consentir al procedimiento propuesto, siguiendo lo dispuesto en el *Gillick case*, siempre que tenga madurez suficiente para ello, pudiendo ser vetada su decisión únicamente por el tribunal en el

ejercicio de su *parens patriae*¹⁰². La consecuencia de esta decisión es la que sigue: mientras un menor con dieciséis años tiene poder para consentir un tratamiento sin necesidad de consentimiento parental, no tiene un poder equivalente para rechazar el tratamiento si sus padres se niegan (es decir, si consienten el procedimiento)¹⁰³.

Tras éste, son muchos otros los pronunciamientos judiciales que acogen los principios enunciados en *Re W*, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, *In re J (A Minor) (Inherent Jurisdiction: Consent to Treatment) (1992) Times, 15 July (Court of Appeal)*¹⁰⁴; *South Glamorgan County Council v. W and B (1992) 11 BMLR 162 (High Court of Justice)*¹⁰⁵; *Re K, W and H (Minors) (Consent to Treatment) [1993] 1 FCR 240 (High Court of Justice)*¹⁰⁶; *In Re M (1999) 52 BMLR 124 (High Court of Justice)*¹⁰⁷;

¹⁰² En este caso, Lord Donaldson rechaza la analogía de los llaveros utilizada un año antes en *Re R* para explicar la interacción entre los poderes del menor y de sus padres para consentir al procedimiento sobre la base de que los llaveros pueden tanto abrir como cerrar puertas, lo que no casa con el razonamiento de Lord Donaldson según el cual tanto el consentimiento del paciente como de sus padres pueden abrir la puerta al tratamiento, pero no cerrarla; esto es, cada parte puede consentir el tratamiento, pero no rechazarlo si el consentimiento es prestado por la otra parte, pues solo el tribunal tiene el poder de vetar el consentimiento prestado por el menor o sus progenitores. Por esta razón, Lord Donaldson utiliza en este caso la analogía del chaleco antibalas (*flak jacket analogy*), según la cual cualquier consentimiento (sea del menor o de sus progenitores) protege al médico de futuras reclamaciones judiciales por *trespass*. De este modo, podríamos concluir que el consentimiento prestado por el menor o por sus padres protege al médico como si éste llevara un «chaleco antirreclamaciones». En todo caso, siempre cabe la posibilidad de que el tribunal pueda, en ejercicio de su jurisdicción sobre los menores, autorizar el tratamiento de un menor de edad o rechazar el mismo aun en contra de la voluntad del propio menor y/o de sus progenitores.

¹⁰³ KHAN, Malcolm *et al.*, *Clinical negligence... op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁴ J es una menor de dieciséis años que sufre anorexia nerviosa. En el otoño de 1991, su estado de salud exige la alimentación forzosa, existiendo indicios de que la menor tendría que ser alimentada de nuevo en el futuro. La menor rechaza la alimentación coactiva.

¹⁰⁵ A es una menor con quince años que rechaza ser internada en una unidad de adolescentes para el tratamiento de la enfermedad psiquiátrica que padece. Douglas Brown J. concluye que un tribunal puede, en el ejercicio de su jurisdicción inherente para la protección de los menores, ignorar los deseos de un menor de edad que pretenda rechazar el tratamiento, con independencia de que el menor sea competente o no.

¹⁰⁶ Tres menores reclaman ante la *High Court of Justice* que se les ha administrado un tratamiento en contra de su voluntad. Thorpe J. señala, *obiter dicta* (puesto que el juez considera que en este caso ninguno de los tres menores supera el juicio de capacidad), que cuando un menor de edad *Gillick competent* presta su consentimiento para un determinado procedimiento, sus padres no pueden vetar dicha decisión, pero que si, por el contrario, el menor rechaza el tratamiento, la persona que ejerza la responsabilidad parental puede vetar dicha negativa, sea el menor competente o no para decidir.

¹⁰⁷ M, una menor de quince años y medio, sufre un fallo cardíaco a raíz del cual su estado de salud empeora hasta el punto de requerirse una intervención de trasplante de corazón para salvar su vida. Pese a la urgencia y necesidad de la intervención, M rechaza la cirugía porque no quiere vivir con el corazón de otra persona ni vivir toda su vida teniendo que tomar medicación, aunque no desea morir y conoce que el resultado de no practicar el trasplante es la indeseada muerte. Por el contrario, sus padres sí que consienten la cirugía. En este contexto, los médicos solicitan a la *High Court* permiso para llevar a cabo la intervención. Johnson J. concede autorización para su práctica pese a la voluntad contraria de la menor. Días más tarde, el juez dicta una resolución en la que explica las razones que le llevaron a conceder tal permiso.

*Re P (Minor) [2003] EWHC 2327 (Fam) (High Court of Justice)*¹⁰⁸ y *F v. F (Welfare of Children: Immunisation) [2013] EWHC 2683 (Fam) (High Court of Justice)*¹⁰⁹.

Un supuesto paradigmático en Inglaterra lo constituye el asunto Hannah Jones¹¹⁰, menor con trece años que sufre desde que tiene cinco una grave y extraña leucemia. Los tratamientos recibidos para luchar contra la enfermedad le han producido una lesión coronaria, de modo que, en el año 2008, se informa a la menor y a sus padres de que necesita un trasplante de corazón para evitar su muerte, previendo los médicos que, en ausencia de dicho trasplante, Hannah moriría probablemente en un período de seis meses. En todo caso, aunque el trasplante se practicase, la menor debería continuar con los tratamientos contra el cáncer tras la intervención. Habida cuenta de que los médicos no garantizan a Hannah que, tras el trasplante y la continuación con el tratamiento, la leucemia no vuelva a desarrollarse, la menor rechaza la operación (aunque luego cambiaría de opinión), decisión apoyada tanto por sus padres como por las autoridades sanitarias británicas, quienes entienden

¹⁰⁸ John, menor con dieciséis años y diez meses, está enfermo y parece posible que en el curso de su tratamiento sea necesaria una transfusión de sangre o el uso de derivados sanguíneos, a lo que el menor se opone por ser testigo de Jehová, rechazando sus padres también el tratamiento propuesto por igual motivo. En este contexto los médicos acuden a la *High Court* en solicitud de autorización para administrar el tratamiento al menor. Mr. Justice Johnson, considerando el interés del menor en el sentido más amplio posible (médico, religioso, social), decide que, ante la ausencia de tratamiento alternativo, debe autorizar el tratamiento propuesto pese a la oposición del menor (aunque éste tiene más de dieciséis años y, aparentemente, capacidad suficiente para decidir) y de sus padres.

¹⁰⁹ Mr. F, padre de dos hijas (L y M, de quince y once años de edad, respectivamente), busca ante los tribunales una declaración ordenando que las mismas reciban la vacuna triple vírica, a lo que se oponen tanto las propias menores como su madre. L fue vacunada poco después de nacer, pero, tras emerger un amplio debate público sobre los posibles riesgos que la citada vacuna conllevaba, ambos progenitores deciden, después de consultarlo con su médico de cabecera, que la menor no debería recibir la correspondiente dosis de recuerdo, y que M no debería ser vacunada al nacer. Años después, tras el divorcio de ambos progenitores, Mr. F declara su preocupación por el hecho de que sus hijas no estén inmunizadas y que realmente nunca estuvo totalmente convencido de que fuera adecuada la decisión de no vacunarlas. Es importante tener en cuenta que, en el momento en que el padre busca la orden judicial, ya ha sido desacreditado un *paper* publicado en *The Lancet* en el que se advertía sobre los riesgos de la vacuna triple vírica y se conectaba la misma con el autismo, habiendo constituido dicho *paper* y el debate causado a raíz del mismo el principal motivo que llevó a los padres a rechazar la vacunación de sus hijas. Además, el *National Health Service*, el *General Medical Council*, el *Chief Medical Officer* y la *World Health Organisation* recomiendan que los niños sean vacunados de la triple vírica al nacer. De la reclamación de Mr. F conoce Mrs. Justice Theis, según la cual la principal consideración a tener en cuenta es el bienestar de las niñas y, conforme al mismo, considera que éstas deben ser vacunadas pese a la oposición de las menores (que mostraban tener un elevado nivel de madurez y entendimiento) y de su madre.

¹¹⁰ Vid. OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «Autonomía del paciente y sistema sanitario: conflicto de bienes jurídicos», en *Bioética y Derecho ante los desafíos de la investigación biomédica. Actas de las XV jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen (dir.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010, pp. 61-62.

que la menor goza de la madurez suficiente para su adopción aun cuando las consecuencias serían fatales para su vida. En este caso, los tribunales no tienen la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho de la menor a rechazar el tratamiento, pues el asunto no es examinado en vía judicial al apoyar la decisión de la menor tanto su familia como las autoridades británicas, que consideran que Hannah tiene suficiente madurez para adoptar una decisión inteligente sobre su salud y que dicha decisión es la que más protege su interés. En definitiva, en este asunto se abre paso con fuerza (si bien en sede extrajudicial) la idea conforme a la cual el peso fundamental en lo que a la toma de decisiones sobre la salud del menor se refiere se ha de atribuir a su madurez, aunque la voluntad de éste sea de rechazo a un tratamiento o intervención médicamente recomendada e, incluso, vital.

Por último, consideramos de relevancia referirnos al asunto *An NHS Foundation Hospital v. P* [2014] EWHC 1650 (*Fam*), resuelto por la *High Court of Justice*. P, una menor de diecisiete años y medio, conocida en el servicio local encargado de los menores con problemas mentales por tener una historia de comportamiento autolesivo, es ingresada en un hospital durante la madrugada por haber ingerido la tarde anterior una sobredosis de paracetamol. Ya en el hospital, la menor se niega a que le sea administrada una dosis de tratamiento que contrarreste el efecto del paracetamol. Su madre, que es llamada para que acuda al hospital, consiente dicho tratamiento, pero los médicos son reacios a administrarlo sin obtener una previa autorización judicial. El supuesto se torna de una gravedad extrema, hasta el punto de que, a menos que la sobredosis sea tratada en las siguientes ocho horas (aproximadamente), el hígado de la menor puede resultar gravemente dañado, pudiendo incluso morir. P finalmente accede a tomar la primera dosis de medicación, pero los médicos están preocupados ante la posibilidad de que rechace continuar con el tratamiento en un momento posterior (tratamiento que debe ser administrado durante un período continuo de veintiuna horas), razón por la cual el hospital acude ante la *High Court of Justice* en solicitud de una autorización para administrar el correspondiente tratamiento a P en el caso de que se niegue a recibir las dosis futuras. Del asunto conoce Baker J., quien considera que, pese a la historia de problemas mentales y personales de la menor, la misma es *Gillick competent*. Sin embargo, el juez otorga autorización para tratar a la menor aun cuando ésta se oponga al considerar que, en los supuestos de negativa al tratamiento, el tribunal puede, en el ejercicio de su inherente jurisdicción, ignorar los

deseos del menor velando por su mejor interés. Por tanto, el paso que parecía haberse dado en el caso de Hannah Jones (si bien fuera de los tribunales, a nivel de las autoridades británicas) en lo que a la atribución del peso decisivo a la voluntad del menor *Gillick competent* para rechazar el tratamiento, no tiene reflejo en el ámbito judicial, donde la tendencia seguida por los tribunales sigue siendo la de otorgarse a sí mismos la posibilidad de vetar la decisión de rechazo al tratamiento por el menor, pese a superar éste el juicio de capacidad establecido en el *Gillick case*.

En consecuencia, el pronunciamiento dictado en *An NHS Foundation Hospital v. P* no añade nada a lo establecido en los asuntos anteriores sobre el rechazo al tratamiento por el menor de edad. No obstante, sí que resultan curiosas las palabras que utiliza Baker J. al tratar de la prestación del consentimiento por el menor:

«[a] person with capacity under the age of 18 who is «Gillick competent» –that is to say, having a state of maturity, intelligence and understanding sufficient to enable her to take a decision as to medical treatment for herself– is deemed to have legal capacity to consent to treatment.»

Como podemos comprobar, el juez afirma que, cuando un menor (con independencia de su edad) es *Gillick competent*, tiene capacidad legal para consentir el tratamiento, sin incluir referencia alguna a la posibilidad de vetar esta decisión que tradicionalmente tienen los tribunales en interés del menor. No obstante, pese a que Baker J. omite dicha referencia, consideramos que, dado que se trata de un pronunciamiento dictado *obiter dicta* y por un tribunal menor (concretamente, la *High Court of Justice*¹¹¹), no hay que darle mayor importancia a lo que parece ser más un «olvido» del juez que un intento de modificar el asentado *case law* existente sobre el particular.

3.4 CONCLUSIONES

Tras hacer un recorrido por el *case law* inglés desde el *Gillick case* hasta el reciente caso *An NHS Foundation Hospital v. P*, podemos extraer las siguientes conclusiones.

¹¹¹ Recordemos que la *Court of Appeal* declara en los asuntos *Re R (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1991] 4 All ER 177* y *Re W (a minor) (medical treatment) [1992] 4 All ER 627* que el tribunal ostenta el poder de vetar el consentimiento prestado a una intervención o tratamiento por el paciente menor de edad o sus padres.

De un lado, si el paciente es un menor de edad que consiente un tratamiento terapéutico hay que distinguir dos supuestos. En primer lugar, si el paciente es un menor con dieciséis años cumplidos se le aplica al mismo la sección 8 (1) de la *Family Law Reform Act 1969*, conforme a la cual puede prestar su consentimiento a cualquier tratamiento quirúrgico, médico o dental como si de un adulto se tratase (por tanto, presumiéndose *iuris tantum* su capacidad para decidir) y sin necesidad de obtener el consentimiento de sus padres o tutores a tal efecto, aunque sea una buena práctica involucrar a la familia del menor en el proceso de adopción de decisiones si éste consiente que su información sanitaria sea compartida¹¹².

En segundo lugar, si el paciente es un menor por debajo de los dieciséis años, no se le aplica la sección 8 (1), sino que la solución ha de buscarse en el *common law* y, más concretamente, en el *Gillick case* y en la multitud de asuntos posteriores que siguen los principios establecidos en *Gillick*. Conforme a tales supuestos, podemos concluir que un menor por debajo de los dieciséis años puede consentir un tratamiento siempre y cuando reúna suficientes condiciones de madurez y entendimiento sobre las implicaciones del procedimiento propuesto, siendo ésta una *quaestio of fact* que debe evaluarse *ad hoc* teniendo en cuenta que el nivel de madurez exigido es mayor en intervenciones serias que en otras banales¹¹³. Esta postura es coherente con la exégesis de la sección 8 (3) de la *Family Law Reform Act 1969* defendida por la parte demandada en el *Gillick case*, según la cual, partiendo de que el consentimiento de un menor por debajo de los dieciséis años era válido antes de la mencionada ley, la sección 8 (3) pretende aclarar que el mismo continúa siendo efectivo tras su promulgación¹¹⁴. Dicho consentimiento, si bien no puede ser vetado por los padres o tutores del menor, sí que puede ser ignorado por un tribunal en ejercicio de su jurisdicción inherente e ilimitada para la protección de los menores de edad¹¹⁵.

Las conclusiones que acabamos de exponer en relación con el poder del menor de edad para prestar su consentimiento se aplican

¹¹² DEPARTMENT OF HEALTH, *Reference guide to consent for examination or treatment*, 2nd edition, July 2009, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/138296/dh_103653__1_.pdf, p. 33 (última consulta el 12.9.2018).

¹¹³ GARSIDE, John Paul, *Law for doctors. Principles and Practicalities*, The Royal Society of Medicine Press, London, 2006, p. 53.

¹¹⁴ JONES, Michael, *Medical negligence*, 4th edition, Thomson Reuters, London, 2008, p. 589.

¹¹⁵ No obstante, será extraño que un juez ignore la voluntad de un menor con base en su mejor interés cuando lo que pretende es consentir un tratamiento médicamente propuesto y aconsejable.

únicamente a los tratamientos terapéuticos. En los supuestos de tratamientos no terapéuticos, se ha de acudir al *common law*, habida cuenta de que la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969* no se aplica a la medicina voluntaria. En virtud de los principios expuestos por el *case law*, concluimos que el menor de edad puede consentir un tratamiento no terapéutico si es *Gillick competent*, pudiendo ser su decisión vetada por el tribunal, pero no por las personas que ejercen la responsabilidad parental¹¹⁶.

De otro lado, si el paciente menor de edad (haya alcanzado o no los dieciséis años) pretende rechazar el tratamiento, la solución debe encontrarse en el *common law*, pues, según el *case law*, la sección 8 (1) de la *Family Law Reform Act 1969* únicamente se aplica si lo que pretende el menor es consentir el tratamiento, y no a los supuestos en que su decisión sea de rechazo. Para estos casos, pese al pronunciamiento de Lord Scarman en *Gillick* (que otorga poder a los menores de edad para rechazar el tratamiento siempre que tengan madurez y entendimiento suficiente para ello), la jurisprudencia posterior evoluciona en sentido contrario, es decir, sosteniendo que la decisión de rechazo del tratamiento por el menor de edad puede ser vetada tanto por sus padres como por el tribunal, aunque siempre velando por el mejor interés del menor y debiendo considerarse el efecto psicológico que sobre éste pueda tener la desatención de su voluntad¹¹⁷. No obstante, hay ocasiones en las que, a la hora de decidir el sometimiento del menor a una determinada actuación sobre su cuerpo, se han tenido en cuenta, amén de su interés superior, otros intereses distintos, como los requerimien-

¹¹⁶ Vid. Lord Donaldson en *Re W*: «(4) Section 8 of the Family Law Reform Act 1969 gives minors who have attained the age of 16 a right to consent to surgical, medical or dental treatment. Such a consent cannot be overridden by those with parental responsibility for the minor. It can, however, be overridden by the court. This statutory right does not extend to consent to the donation of blood or organs. (5) A minor of any age who is «Gillick competent» in the context of particular treatment has a right to consent to that treatment, which again cannot be overridden by those with parental responsibility, but can be overridden by the court. Unlike the statutory right this common law right extends to the donation of blood or organs». Vid. también DEPARTMENT OF HEALTH, *Reference guide...*, *op. cit.*, p. 32: «Section 8 of the Family Law Reform Act 1969 applies only to the young person's own treatment. It does not apply to an intervention that is not potentially of direct health benefit to the young person, such as blood donation or non-therapeutic research on the causes of a disorder. However, a young person may be able to consent to such an intervention under the standard of Gillick competence, considered below (...)».

¹¹⁷ Vid. *In re J (A Minor) (Inherent Jurisdiction: Consent to Treatment)* (1992) *Times*, 15 July donde, en un supuesto en el que una menor con dieciséis años que sufre de anorexia nerviosa se niega a ser alimentada, la *Court of Appeal* declara que la decisión de rechazo de un tratamiento por un menor de edad puede ser vetada tanto por los padres como por el tribunal, si bien todos ellos deben tener en cuenta la decisión de rechazo del menor a la hora de consentir al tratamiento, siendo la opinión del menor de mayor importancia cuanto mayor sea la edad y madurez del mismo. Vid. también *An NHS Foundation Hospital v. P* [2014] EWHC 1650 (*Fam*). En la doctrina, GARSIDE, John Paul, *Law for...*, *op. cit.*, pp. 52-53.

tos generales de justicia o el interés público¹¹⁸. En síntesis, podemos afirmar, tomando en préstamo las palabras de LOWE y DOUGLAS:

«Although *Gillick* should certainly be seen as a further important example of the diminution of parental authority in the eyes of English law, potentially it was (and still is) of much greater significance, for it seemed to acknowledge that children themselves have the power to make their own decisions. Had this been how the decision was interpreted, then it might fairly have been described as a landmark of children's rights. However, as we now discuss, it has been restrictively interpreted, and for those who saw *Gillick* as establishing autonomy rights for mature children it has so far proved a false dawn. The two leading cases are *Re R (A Minor) (Wardship: Consent to Medical Treatment)* and *Re W (A Minor) (Medical Treatment: Court's Jurisdiction)*, both decided by the Court of Appeal»¹¹⁹.

Por último, nos cuestionamos el porqué de esta diferencia de régimen jurídico según sea la voluntad del paciente menor de edad de consentir o rechazar el tratamiento médico. Sin ánimo de profundizar en el estudio de esta cuestión, únicamente señalamos que la explicación mayoritaria en la doctrina destaca la exigencia de un mayor nivel de madurez para entender las implicaciones de rechazar un tratamiento (decisión que en muchas ocasiones implica graves consecuencias para la vida o salud física o psíquica del paciente) que para consentir un procedimiento que ha sido propuesto por un profesional sanitario¹²⁰.

4. COMPARATIVA

Estudiada la normativa reguladora del consentimiento informado y el rechazo al tratamiento o intervención por el menor de edad en España (antes y después de la reforma operada por la Ley 26/2015) y el régimen jurídico aplicable a dicha cuestión en Inglaterra, podemos concluir que el tratamiento aplicable a las situaciones en las que el menor de edad maduro pretende consentir

¹¹⁸ A título meramente ejemplificativo, podemos citar la sentencia dictada por la *House of Lords* en el caso *S v. S and W v. Official Solicitor [1972] A. C. 24*, donde el tribunal admite la legalidad de someter a dos menores a sendas pruebas de paternidad al tener en cuenta el interés general de la justicia, que requiere que la prueba (en el supuesto enjuiciado, un test sanguíneo) se practique, aunque la misma conlleve ciertos riesgos (si bien remotos) para el menor.

¹¹⁹ LOWE, NIGEL y DOUGLAS GILLIAN, *Bromley's Family Law*, 11th edition, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 322-323.

¹²⁰ TEFF, Harvey, *Reasonable care...*, *op. cit.*, p. 151; KHAN, Malcolm *et al.*, *Clinical negligence...*, *op. cit.*, p. 49.

el procedimiento propuesto es verdaderamente cercano en ambos ordenamientos. De este modo, si el menor tiene dieciséis años (o está emancipado, en el caso español) puede prestar el consentimiento al procedimiento propuesto como si de un mayor de edad se tratase; en consecuencia, se presume *iuris tantum* su capacidad para otorgar el consentimiento informado *ex* artículo 9.4 LAP y sección 8 (1) *Family Law Reform Act 1969* en los ordenamientos español e inglés, respectivamente. Si, por el contrario, estamos ante un menor de dieciséis años, puede éste otorgar el consentimiento siempre y cuando reúna las condiciones suficientes de capacidad natural (menor maduro, *competent minor* o *Gillick competent minor*), conforme a lo previsto en el artículo 9.3.c) LAP, en España, y el *common law*, en Inglaterra.

Encontramos, sin embargo, una particularidad en el ordenamiento jurídico español: la aplicación de la excepción del artículo 9.4 *in fine* LAP en los supuestos de actuaciones de grave riesgo para la vida o integridad del paciente menor de edad. En caso de que se den los presupuestos para la aplicación de dicha excepción, el consentimiento corresponde, no al menor (independientemente de su edad y grado de madurez), sino a su representante legal. Esta excepción, que consideramos absolutamente injustificada, no se prevé en el Derecho inglés, donde el *Gillick competent minor* puede otorgar su consentimiento con independencia del tipo de intervención de que se trate, solución que nos parece más respetuosa con el derecho a la autonomía del paciente menor de edad que la prevista en la normativa española.

No obstante, si bien es cierto que el Derecho inglés no contempla una excepción equivalente a la prevista en el artículo 9.4 *in fine* LAP, sí que prevé la posibilidad de que el tribunal pueda vetar el consentimiento prestado por el menor de edad con base en su mejor interés, poder del que no disponen, por el contrario, los progenitores del paciente. Esta posibilidad nos parece tan injustificada como la excepción prevista en la LAP, pues si el paciente tiene madurez bastante para decidir *per se*, nadie mejor que él para definir su mejor interés y decidir en consecuencia. Ahora bien, en la práctica esta opción es menos utilizada que la excepción española, habida cuenta de que ocurre con poca frecuencia que un tribunal vete la decisión de un menor de someterse a un procedimiento médicamente recomendado sobre la base de su mejor interés, pues este interés ya ha sido tenido en cuenta por los profesionales sanitarios a la hora de proponer la actuación médica en cuestión.

Podemos observar, por tanto, cómo la situación en España y en Inglaterra es bastante similar cuando el menor de edad lo que pre-

tende es consentir el procedimiento propuesto. Ahora bien, ¿qué ocurre si la voluntad del menor es de rechazo al tratamiento? En Inglaterra, la solución está bien asentada en el *common law*: el *Gillick competent minor*, con independencia de si ha cumplido ya la edad de dieciséis años o no, puede negarse al tratamiento, pero tanto sus padres como los tribunales pueden vetar dicha decisión de rechazo con base en su mejor interés.

En España, la situación es diferente, ya que los artículos 9.3.c) y 9.4 LAP no distinguen (ni antes de la reforma operada por la Ley 26/2015 ni con la nueva redacción por ella introducida) un régimen distinto para el consentimiento y el rechazo por el menor de edad al procedimiento médico. De este modo, en principio, si el menor quiere rechazar el tratamiento, las pautas a seguir son las mismas que acabamos de exponer para el consentimiento: presunción *iuris tantum* de capacidad si el menor tiene dieciséis años cumplidos (o está emancipado) y necesidad de acreditar su capacidad (*id est*, que se trata de un menor maduro) si no ha cumplido aún dicha edad. No tienen los padres, por tanto, a diferencia de lo que ocurre en Inglaterra, la posibilidad de vetar la decisión del rechazo del menor maduro sobre la base de su mejor interés; tampoco ostentarían esta facultad de veto los tribunales, aunque si dictasen una orden autorizando el tratamiento coactivo a un menor maduro en contra de su voluntad, dicho mandato sería de obligado cumplimiento para la comunidad médica. Si el menor reúne las condiciones de capacidad suficientes (lo que se presume *iuris tantum* si tiene dieciséis años o está emancipado, *ex* artículo 9.4 LAP) es él quien debe decidir sobre el procedimiento propuesto, sea en el sentido de consentirlo, sea en el sentido de rechazarlo, sin que puedan ni sus padres ni el tribunal vetar su decisión. Observamos una notable diferencia entre el régimen español y el inglés, siendo, a nuestro parecer, más respetuoso con el derecho a la autonomía y autodeterminación del paciente la solución adoptada en nuestro ordenamiento jurídico.

El único supuesto problemático nos los podemos encontrar en los casos en que el rechazo al tratamiento pueda implicar grave riesgo para la vida o integridad del paciente menor de edad: ¿se aplica en tal caso la excepción del artículo 9.4 *in fine* LAP? En caso afirmativo, la prestación del consentimiento correspondería a los representantes legales del menor, tras escuchar su opinión. Esta excepción (que, entendemos, implica una violación injustificada de los derechos a la autonomía y autodeterminación del menor cuando éste reúna las condiciones de madurez suficientes para decidir), a nuestro parecer, no resultaría aplicable (en contra de la postura sostenida por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2012)

a los casos en que el procedimiento propuesto no conlleve un grave riesgo para la vida o integridad del menor de edad, sino que tal riesgo se derive del rechazo a dicho procedimiento.

A modo de conclusión, si bien la situación es bastante semejante en España e Inglaterra, en líneas generales, en lo que a la prestación del consentimiento por el menor de edad se refiere (aunque sin perder de vista la diferencia que supone la existencia de la excepción del artículo 9.4 *in fine* LAP en el ordenamiento español y la posibilidad de vetar el consentimiento del menor que tiene el tribunal en el *common law* inglés), existe una notable diferencia en aquellos supuestos en que la voluntad del menor de edad es de rechazo al tratamiento, pues, mientras que en Inglaterra el menor puede rechazar el tratamiento, ostentando tanto sus padres como los tribunales la facultad de vetar dicha decisión (incluso aunque se trate de un *Gillick competent minor*), en España se presume *iuris tantum* su capacidad si tiene dieciséis años o está emancipado y, en caso de no haber cumplido aún dicha edad y no estar emancipado, puede decidir personalmente siempre que resulte acreditado que reúne las condiciones de madurez suficientes para ello, sin que su decisión pueda ser vetada ni por los responsables parentales ni por el tribunal. Por último, en los supuestos de negativa al tratamiento o intervención, al igual que en los de consentimiento, resulta aplicable la excepción contemplada en el artículo 9.4 *in fine* LAP cuando la actuación médica que el menor se propone rechazar comporte grave riesgo para la vida o salud del paciente menor de edad, siempre que dicho grave riesgo derive de la actuación en sí misma, y no de su omisión o rechazo.

5. JURISPRUDENCIA CITADA

5.1 ESPAÑA

Tribunal Constitucional

STC (Pleno) de 18 de julio de 2002 (RTC/2002/154).
STS (Sala Segunda) de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37).

Tribunal Supremo

STS (Sala de lo Penal) de 27 de junio de 1997 (RJ/1997/4987).
STS (Sala de lo Civil) de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3).
STS (Sala de lo Civil) de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197).
STS (Sala de lo Civil) de 19 de junio de 2007 (RJ 2007/5572).

Audiencia Provincial

SAP de Huesca de 20 de noviembre de 1996 (ARP/1996/1064).

Dirección General de los Registros y del Notariado

RDGRN de 3 de marzo de 1989 (RU 1989/2380).

RDGRN de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/3631).

Fiscalía General del Estado

Fiscalía General del Estado, Circular 1/2012, de 3 de octubre de 2012 (JUR 2012/332864).

Fiscalía General del Estado, Instrucción de 15 de marzo de 2006 (JUR 2006/94040).

5.2 INGLATERRA

House of Lords

House of Lords, *S v. S and W v. Official Solicitor* [1972] A. C. 24, de 21 de julio de 1970.

House of Lords, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security* [1986] 1 A. C. 112, de 17 de octubre de 1985.

Court of Appeal

Court of Appeal, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another* [1985] 2 W. L. R. 413, de 20 de diciembre de 1984.

Court of Appeal, Civil Division, *Re R (a minor) (wardship: medical treatment)* [1991] 4 All ER 177, de 24 de julio de 1991.

Court of Appeal (Civil Division), *Re W (a minor) (medical treatment)* [1992] 4 All ER 627, de 10 de julio de 1992.

Court of Appeal, *In re J* (1992) Times, 15 July, de 15 de julio de 1992.

High Court of Justice

High Court of Justice (Queen's Bench Division), *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another* [1984] 1 Q. B. 581, de 26 de julio de 1983.

High Court of Justice (Family Division), *Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* [1992] 2 FCR 219, de 21 de septiembre de 1990.

High Court of Justice (Family Division), *Re K, W and H (Minors) (Consent to Treatment)* [1993] 1 FCR 240, de 10 de septiembre de 1992.

- High Court of Justice (Family Division), *South Glamorgan County Council v. B and W* (1992) 11 BMLR 162, de 27 de octubre de 1992.
- High Court of Justice (Family Division), *Re M* (child: refusal of medical treatment) 52 BMLR 124, 15 de julio de 1999.
- High Court of Justice (Family Division), *Re P* (Minor) [2003] EWHC 2327, de 15 de agosto de 2003.
- High Court of Justice (Queen's Bench Division), *R* (on the application of Axon) v Secretary of State for Health and another [2006] EWHC 37 (Admin), de 23 de enero de 2006.
- High Court of Justice (Family Division), *F v. F* (Welfare of Children: Immunisation) [2013] EWHC 2683 (Fam), de 5 de septiembre de 2013.
- High Court of Justice (Family Division), *An NHS Foundation Hospital v. P* [2014] EWHC 1650 (Fam), de 20 de mayo de 2014.

Court of Protection

- Court of Protection, *In re A* [2010] EWHC 1549 (Fam), de 24 de junio de 2010.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: «El derecho a la autonomía de los pacientes», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *et al.* (coords.), Civitas, Madrid, 2003, pp. 173-205.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1985.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 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 civil: revista quincenal*, núm. 2, 2002, pp. 1985-1987.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: El Valor de la Autonomía del Paciente en la Ley 41/2002, del 14 de Noviembre, Reguladora de los Derechos y Deberes de los Pacientes, en AA. VV., *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, CIENFUEGOS SALGADO, David y MACÍAS VÁZQUEZ, María Carmen (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 69-142.
- BÓRQUEZ POLLONI, Blanca, *et al.*: «Huelga de hambre en adolescentes: un desafío ético para el equipo de salud», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 27, 2013, pp. 3-12.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2.^a edición, Dykinson, Madrid, 2008.
- COMISIÓN DE BIOÉTICA DE CASTILLA Y LEÓN: *Guía de Consentimiento Informado*, Junta de Castilla y León, 2010, <http://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/guia-consentimiento-informado> (última consulta el 12.9.2018).
- *Problemas relacionados con las actuaciones sanitarias en los menores de edad*, Junta de Castilla y León, 2010, disponible en [ADC, tomo LXXI, 2018, fasc. III](http://www.saludcastilla-</p>
</div>
<div data-bbox=)

- yleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/problemas-relacionados-actuaciones-sanitarias-menores-edad (última consulta el 12.9.2018).
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA: *Recomendaciones del Comité de Bioética de Cataluña ante el rechazo de los enfermos al tratamiento*, abril de 2010, <http://www.bioetica-debat.org/contenidos/PDF/2010/cbcrechazotr.pdf> (última consulta el 12.9.2018).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- DE LAMA AYMÁ, Alejandra: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel: *Estatuto Ético-Jurídico de la Profesión Médica. Tomo II*, Dykinson, Madrid, 2006.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico: «El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pp. 289-305.
- DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen: «El consentimiento informado en menores y adolescentes: contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas», *Información psicológica*, n. extra 100, septiembre-diciembre de 2010, pp. 60-67.
- DEPARTMENT OF HEALTH: *Reference guide to consent for examination or treatment*, 2nd edition, July 2009, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/138296/dh_103653__1_.pdf (última consulta el 12.9.2018).
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Artículo 162», en AA. VV., *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, edición digital, pp. 422-445.
- DÍEZ RODRÍGUEZ, José Ramón: «El paciente testigo de Jehová, la negativa al tratamiento médico en situación de gravedad y la circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado», *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012, pp. 183-221.
- GALÁN CORTÉS, Julio César: «El consentimiento informado en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 47, diciembre de 2009, pp. 9-43.
- *Responsabilidad civil médica*, 5.^a edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Los derechos de la personalidad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo, II, GETE-ALONSO CALERA, M.^a del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 595-631.
- GARSDIE, John Paul: *Law for doctors. Principles and Practicalities*, The Royal Society of Medicine Press, London, 2006.
- GRACIA GUILLÉN, Diego, et al.: «Toma de decisiones con el paciente menor de edad», en AA. VV., *Ética en la práctica clínica*, GRACIA GUILLÉN, Diego y JÚDEZ GUTIÉRREZ, Francisco Javier (eds.), Triacastela, Madrid, 2004, pp. 127-160.
- HAWKINS, Susan D.: «Protecting the rights and interests of competent minors in litigated medical treatments disputes», *Fordham Law Review*, v. 64, issue 4, article 35, 1996, p. 2075-2132.
- JONES, Michael: *Medical negligence*, 4th edition, Thomson Reuters, London, 2008.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael: «Minoría de edad, paternalismo y capacidad de decisión: ¿hacia una mayoría de edad sanitaria?», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, ADROHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 475-489.

- KHAN, Malcolm, *et al.*: *Clinical negligence*, Second edition, London, 2002.
- LEWIS, Charles J.: *Clinical negligence. A practical guide*, Sixth edition, Tottel publishing, Haywards Heath, 2006.
- LOWE, Nigel y DOUGLAS, Gillian: *Bromley's Family Law*, 11th edition, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *Anuario de Derecho Civil*, v. 45, núm. 4, 1992, pp. 1391-1498.
- MORENO ANTÓN, María: «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *AFDUAM*, El Menor ante el Derecho en el siglo XXI, núm. 15, DÍAZ MAROTO, Julio y RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (eds.), UAM y BOE, Madrid, 2011, pp. 95-123.
- NELSON-JONES, Rodney, *et al.*: *Medical negligence case law*, Second edition, Butterworths, London, 1995.
- NIETO ALONSO, Antonia: «El recurso a la autonomía de la voluntad como instrumento idóneo para asegurar la protección y el bienestar de la persona», en AA. VV., *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, GARCÍA RUBIO, M.^a Paz (coord.), Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 613-638.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 8.^a edición, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Autonomía del paciente y sistema sanitario: conflicto de bienes jurídicos», en AA. VV., *Bioética y Derecho ante los desafíos de la investigación biomédica. Actas de las XV jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen (dir.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010, pp. 41-65.
- «El menor maduro ante el Derecho», *EIDON*, núm. 41, 2014, pp. 28-52.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles, y ARENAS GARCÍA, Rafael: «Minoría de edad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo I, GETE-ALONSO CALERA, M.^a del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 579-641.
- PATTINSON, Shaun D.: *Medical Law and Ethics*, Sweet & Maxwell (Thomson Reuters), London, 2014.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: «La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipado a la luz del Libro II del Código civil de Cataluña (arts. 211-3 y 211-5)», *InDret*, núm. 3, 2017, pp. 1-28.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 3, 2016, pp. 47-73.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El interés del menor*, 2.^a edición, Dykinson, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen: «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio *et al.* (coords.), Civitas, Madrid, 2003, pp. 951-974.
- SANTOS MORÓN, María José: «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales», *Diario La Ley*, Año XXIII, núm. 5675, 2002, pp. 1-6.
- «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», *AFDUAM*, El Menor ante el Derecho en el siglo XXI, núm. 15, Díaz Maroto,

- Julio y Rodríguez Guitián, Alma María (eds.), UAM y BOE, Madrid, 2011, pp. 63-93.
- SIMÓN LORDA, Pablo, y BARRIO CANTALEJO, Inés: «La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias: un problema ético y jurídico», *Revista Española de Pediatría* vol. 53, núm. 2, 1997, pp. 107-118.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN Y CLIVE, Eric (eds.), Sellier, Munich, 2009.
- TARELLO, Giovanni: *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.
- TEFF, Harvey: *Reasonable care. Legal perspectives on the doctor/patient relationship*, Oxford University Press, New York, 1994.
- THE OPEN LEARNING FOUNDATION: *Healthcare active learning. Legal aspects of health care*, Churchill Livingstone, Edinburgh, 1995.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: «Separata. El trabajo del menor de edad», en *La tutela de los derechos del menor. 1.º Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1984, pp. 411-430.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular: la anorexia nerviosa», *Revista de Derecho Privado*, año 91, mes 5, 2007, pp. 19-58.
- *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2009.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: «Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 49, 2015, pp. 17-41.
- WOOLLEY, S.: «Jehovah's Witnesses in the emergency department: what are their rights?», *Emergency Medicine Journal*, v. 22, núm. 12, 2005, pp. 869-871.