

El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida*

VERÓNICA NEVADO CATALÁN
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La autonomía del paciente es uno de los principios bioéticos en torno a los que gira la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones de información y documentación jurídica, y que se concreta en la regla del consentimiento informado. No obstante, tras las últimas modificaciones, se ha suprimido la autonomía de los menores –con independencia de su edad y madurez– cuando se encuentra en situación de grave riesgo su vida o salud. Este trabajo analiza la conformidad de la regulación actual con el interés superior del menor y los derechos fundamentales que este tiene a la vida, integridad física, intimidad y libertad religiosa e ideológica.

PALABRAS CLAVE

Autonomía del paciente. Consentimiento informado. Menor maduro. Derecho a la vida. Interés superior del menor.

ABSTRACT

Patient autonomy is a fundamental bioethical principle which inspires the Spanish law 41/2002 and results in the rule of informed consent. However, this law has been modified and minors autonomy has been excluded when

* El presente trabajo ha sido realizado con la Beca de Colaboración 2015/16 del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, dirigida por la Profesora Esther Gómez Calle y vinculada al proyecto de investigación «Retos actuales de la autonomía privada» (DER2014-52503-P).

their health or life are highly at risk. In those cases, regardless of their age and maturity, they are not entitled to consent or reject the medical treatment. This paper analyzes whether the current regulation respects minor's best interests and their constitutional rights to life, physical and moral integrity, privacy and freedom of religion and ideology.

KEYWORDS

Patient autonomy. Informed consent. Mature minor. Right to life. Child's best interests.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Principio de autonomía del paciente.*

2.1 Marco jurídico del principio de autonomía del paciente. 2.1.1 Fundamento constitucional del consentimiento informado. 2.1.2 La autonomía del paciente en los convenios y declaraciones internacionales. 2.1.3 Autonomía personal: el consentimiento informado en la LAP. 2.2 Límites a la regla del consentimiento informado.—2.2.1 Límites legales. 2.2.2 Límites jurisprudenciales.—III. *Derecho a la vida.* 3.1 Principios bioéticos de beneficencia y no-maleficencia. 3.2 La vida como valor superior en la jurisprudencia constitucional. 3.3 La cuestión de la eutanasia.—IV. *Situación actual del paciente menor en grave riesgo.* 4.1 La capacidad natural del menor como criterio general determinante. 4.1.1 Capacidad natural y doctrina del menor maduro. 4.1.2 Valoración de la capacidad. 4.2 Consentimiento «por representación» cuando el paciente es un menor. 4.2.1 Menores maduros y actuaciones de grave riesgo antes de la reforma. 4.2.2 Menores maduros y actuaciones de grave riesgo tras la reforma. 4.2.3 Otras excepciones al principio de capacidad natural y coherencia del sistema. 4.3 Interés superior del menor. 4.3.1 El caso de Hannah Jones. 4.3.2 El paternalismo del art. 9.4 II LAP frente a la autonomía del menor maduro. 4.3.3 El «mayor beneficio para la vida» del art. 9.6 LAP frente al mayor beneficio para el menor.—V. *Sustitución del consentimiento del menor.* 5.1 Conciliación de la libertad religiosa de los padres con su deber de velar. 5.2 Autorización judicial y criterio médico.—VI. *Conclusiones.*—VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es analizar la autonomía que se reconoce a los menores en el ámbito sanitario. En la regulación de esta cuestión entran en juego derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad religiosa e ideológica, la intimidad o la dignidad. Estos derechos constitucionalmente reconocidos se complementan con los principios bioéticos de justicia, autonomía del paciente, beneficencia y no maleficencia.

En el debate sobre la extensión que debe reconocerse a la autonomía del paciente pueden distinguirse dos posturas opuestas. De un lado, el modelo paternalista que prescinde de la voluntad del paciente, para atribuir al profesional sanitario en exclusiva la facultad para decidir. De otro, el modelo autonomista que traslada el poder de decisión al paciente a cuya voluntad debe sujetarse la actuación de los facultativos. Mientras que el paternalismo se apoya en el derecho a la vida y en el principio de beneficencia, el modelo autonomista apela al derecho a la integridad física, la libertad de creencias y el principio de autonomía del paciente.

El grado de autodeterminación que debe reconocerse al paciente es una cuestión vinculada a debates tan controvertidos como los existentes en torno a la eutanasia o el auxilio al suicidio. Se trata de una materia compleja en la que entran en juego consideraciones ideológicas y de carácter moral que se ven acentuadas cuando el paciente es un menor de edad, máxime si peligran gravemente su vida o salud. En tales casos, a las exigencias constitucionales y a los principios bioéticos debe añadirse el respeto del interés superior del menor.

Con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), nuestro legislador adoptó, con carácter general, una solución intermedia, reconociendo los derechos y deberes del paciente y adoptando la regla del consentimiento informado con una serie de excepciones y especialidades. Sin embargo, en las últimas modificaciones de la LAP el legislador se ha apartado del principio de autonomía al regular los supuestos de peligro para la vida o salud de un paciente menor y la interrupción voluntaria del embarazo por una menor. En ambos casos, se excluye, con independencia de su madurez, la capacidad decisoria del menor, atribuyéndose a sus representantes legales.

En este trabajo, tras estudiar los derechos en juego en el ámbito sanitario a la luz de la jurisprudencia del TC, los instrumentos internacionales y los principios bioéticos, analizo y cuestiono la conformidad de la regulación actual con el interés superior del menor.

II. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE

El principio de autonomía del paciente es uno de los principios rectores en materia sanitaria e impide, salvo supuestos excepcionales, realizar intervenciones en contra de la voluntad del paciente.

Está consagrado en diversos acuerdos internacionales, así como en nuestra legislación nacional y en los códigos de deontología médica, además de ser, como se verá, una exigencia que deriva de los principios y derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución.

2.1 Marco jurídico del principio de autonomía del paciente

2.1.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La autonomía del paciente es una manifestación del derecho fundamental a la integridad física y moral que reconoce el art. 15 CE¹. Este derecho posee una doble vertiente que, además de proteger a su titular frente a conductas dañosas, le faculta para rechazar cualquier tipo de intervención corporal². La causación de una lesión o menoscabo del cuerpo no es presupuesto necesario para entender vulnerado el derecho a la integridad física, sino que basta con una intervención corporal en contra de la voluntad del afectado, incluidos los tratamientos médicos que, objetivamente, sean favorables para su salud.

Al consentir, rechazar o revocar el consentimiento el paciente estará ejercitando su derecho a la integridad física y moral, concretado en la LAP mediante el principio del consentimiento informado. En consecuencia, las intervenciones médicas efectuadas sin el preceptivo consentimiento del paciente o las personas facultadas para decidir por éste, además de ser contrarias a la LAP, suponen una vulneración del derecho a la integridad física y moral.

Por otra parte, la libertad personal consagrada en el art. 1.1 CE como valor jurídico superior y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE) también fundamentan el derecho a la autonomía del paciente y suponen un límite al paternalismo del Estado³. Además, el libre desarrollo de la personalidad se vincula a menudo con el derecho a la dignidad previsto también en el art. 10.1 CE.

¹ Así, ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: «El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español», *InDret* 2/2009, p. 11, quien señala que «en el ámbito médico asistencial el derecho fundamental a la integridad física y moral constituye el principal anclaje iusfundamental del principio de autonomía del paciente».

² En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 8.º), afirmando que mediante el derecho a la integridad física y moral «se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular».

³ MOLERO MARTÍN-SALAS, M. P.: *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Estudios constitucionales, Madrid, 2014, p. 47.

Estos preceptos reflejan la importancia constitucional reconocida a la autodeterminación corporal, que permite a toda persona competente vivir de conformidad con su sistema de valores, ideas y creencias. Como se ha señalado, «el ejercicio de la autonomía es lo propio de seres que cuentan con una vida biográfica y no sólo biológica»⁴.

Los derechos y principios ya mencionados son suficientes para afirmar el anclaje constitucional del derecho a rechazar un tratamiento; sin embargo, en ocasiones también pueden verse afectados otros derechos fundamentales como la intimidad o la libertad ideológica y religiosa.

Respecto a la libertad religiosa, hay consenso en que el paciente tiene derecho a rechazar las intervenciones o tratamientos que resulten contrarios a sus convicciones. No obstante, se discute cuál es el alcance que se debe reconocer en el ámbito sanitario a este derecho cuando lo que se exige es un tratamiento específico⁵.

En cuanto al derecho a la intimidad (art. 18 CE), en su vertiente corporal, también podría fundamentar el derecho a rechazar un tratamiento. Esta posibilidad se ha limitado por la jurisprudencia constitucional, que ha identificado la intimidad con el concepto de «recato corporal», de forma que la protección constitucional se limita a aquellas actuaciones contrarias al sentimiento de pudor⁶.

2.1.2 LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE EN LOS CONVENIOS Y DECLARACIONES INTERNACIONALES

Entre los diversos instrumentos internacionales que directa o indirectamente reconocen el principio de autonomía del paciente pueden destacarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, en el ámbito estrictamente sanitario, tanto la Declaración

⁴ DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», *Enrahonar* 40/41, 2008, p. 126.

⁵ Se plantea si existe el deber del sistema público de salud de adecuar en todo caso los tratamientos médicos para que se sean respetuosos con las creencias del paciente. Parece que, como señala ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: «El rechazo...», cit., p. 13, deberán adecuarse las prestaciones sanitarias en la medida de lo posible, siempre que no resulte contrario al carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de salud.

⁶ Así lo establece, entre otras, la STC 37/1989, de 15 de febrero (FJ 7.º): «no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona».

Señala ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: «El rechazo...», cit., p. 14, que en el ámbito sanitario también puede verse afectada la intimidad en su sentido más amplio, relativo a la privacidad, en la medida en que sea necesaria la obtención de información del paciente para su posterior tratamiento. Sin embargo el TC parece obviar esta vertiente del derecho a la intimidad.

para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa de 1994 como el Convenio de Oviedo de 1997⁷. Estos últimos establecen la regla general del consentimiento informado como requisito de toda actuación sanitaria y debe destacarse la importancia de ambos en el reconocimiento de la autonomía personal de los pacientes. La Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa no tiene carácter vinculante, pero sí el Convenio de Oviedo, que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000, y reconoció por primera vez en nuestro país los derechos del paciente a la confidencialidad, información y autonomía.

También el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según ha entendido el TEDH, garantiza el principio de autonomía del paciente. De acuerdo con el Tribunal, del derecho a la vida personal y familiar se desprende la prohibición de las intervenciones médicas que no cuenten con el consentimiento del afectado⁸.

2.1.3 AUTONOMÍA PERSONAL: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA LAP

1. La LAP concreta, de conformidad con el Convenio de Oviedo, los principios enunciados en la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, relativos a la autonomía personal, la información clínica, confidencialidad e intimidad del paciente. La LGS, siguiendo el mandato del artículo 43 CE, había regulado los derechos y deberes en el ámbito sanitario dejando atrás en gran medida el paternalismo que hasta entonces caracterizaba las relaciones entre médico y paciente⁹. En 2002 se aprueba la LAP, que concreta los derechos previstos en la LGS e incorpora importantes novedades como el reconocimiento expreso del derecho a rechazar un tratamiento, la introducción del concepto de consentimiento informado, la clasificación y el tratamiento de las limitaciones de capacidad y el documento de instrucciones previas.

⁷ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

⁸ El TEDH en la sentencia del caso *Pretty contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, afirma que «la imposición de un tratamiento médico sin la aprobación del paciente si es adulto y sano mentalmente se considera un ataque a la integridad física del interesado que afecta a los derechos protegidos por el artículo 8.1 del Convenio» y que una persona puede reivindicar el derecho a ejercer su elección de morir rechazando un tratamiento que pudiera prolongar su vida» (§ 63).

⁹ No obstante, como señala GRACIA, D.: *Fundamentos de bioética*, Eudema Universidad, Madrid, 1989, pp. 181-182, en esta nueva regulación aun persistían algunos criterios profundamente paternalistas, como que la información debía proporcionarse también a los familiares del enfermo o que en caso de peligrar la vida parecía suprimirse el principio de autonomía del paciente.

Esta regulación, siguiendo la línea marcada por la LGS y el Convenio de Oviedo, refleja y consolida la superación del anterior modelo paternalista. La autonomía individual del paciente es ahora la pieza clave, manifestación del derecho a la integridad física y se articula a través del consentimiento informado, definido como «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud» (art. 3). El consentimiento informado se exige para cualquier actuación médica y agrupa tanto el derecho a la información como el deber de respetar la voluntad libremente formada del paciente adulto y capaz.

2. Respecto del deber de información, que es presupuesto necesario para que el paciente pueda prestar válidamente su consentimiento, se ha entendido por la jurisprudencia que forma parte de la *lex artis* médica¹⁰. Con carácter general la información se prestará verbalmente y deberá ser verdadera y comunicarse de forma comprensible y adecuada a las necesidades del paciente. Los límites al derecho a la información asistencial son las situaciones de urgencia vital y el denominado «privilegio terapéutico» (art. 5.4 LAP), que permite no proporcionar la información al paciente cuando, por razones objetivas, pudiese resultar gravemente perjudicial para su salud. Se reconoce también el derecho del paciente a no ser informado cuando así lo solicite (art. 4.1), renuncia que puede verse limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad o por las exigencias terapéuticas (art. 9.1).

3. Una vez recibida la información necesaria, el consentimiento deberá prestarse de forma libre y voluntaria. El consentimiento podrá ser verbal, siendo necesaria la constancia por escrito respecto de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y procedimientos que conlleven riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa (art. 8.2). Se reconoce el derecho del paciente a rechazar cualquier intervención médica, incluidos los tratamientos salvadores

¹⁰ Así, la STS 6/7/2007 (RJ 2007/3658) establece que «[l]a información constituye un presupuesto y elemento esencial de la «lex artis» y como tal forma parte de toda actuación asistencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico». En el mismo sentido, entre otras, las SSTs 23/11/2007 (RJ 2008/24), 18/6/2008 (RJ 2008/4256) y 13/5/2011 (RJ 2011/3279).

En contra de la consideración del deber de información como una exigencia de la *lex artis*, se pronuncia BERROCAL LANZAROT, A. I.: «El consentimiento informado como derecho del paciente en la nueva ley 41/2002, de 14 de noviembre», *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos*, coord. J. C. Abellán Salort, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, p. 55.

(art. 2.4), así como la posibilidad de revocar libremente y en cualquier momento el consentimiento prestado (art. 8.5). En ambos casos deberá constar por escrito y los profesionales sanitarios deberán respetar la decisión, sin perjuicio de la propuesta de alta voluntaria o forzosa que proceda en caso de no aceptarse el tratamiento ni existir otros alternativos (art. 21).

2.2 Límites a la regla del consentimiento informado

El principio de autonomía del paciente, lejos de ser absoluto, presenta límites tanto legales como de construcción jurisprudencial. Se trata de situaciones de carácter excepcional que justifican que se someta al paciente a una determinada intervención prescindiendo de su consentimiento. No deben entenderse incluidos aquí los supuestos en los que, por ser el sujeto menor o incapaz, es una tercera persona la que consiente, puesto que la ley no excluye la necesidad de consentimiento informado, sino que únicamente prevé especialidades relativas a las personas legitimadas para otorgarlo¹¹.

2.2.1 LÍMITES LEGALES

Entre los límites legales, se encuentran las *situaciones de riesgo para la salud pública* (art. 9.2.a LAP), que permiten al personal sanitario tomar las medidas oportunas de conformidad con la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. En caso de que estas actuaciones conlleven el internamiento del paciente, y en consecuencia se limite junto con su integridad física su libertad ambulatoria, deberá comunicarse a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas.

Cuando exista un *riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible obtener su autorización*, el artículo 9.2.b LAP permite asimismo prescindir del consentimiento, estableciendo solo el deber de consulta a los familiares y allegados si fuese posible. La opinión de estas personas no tiene carácter vinculante, dependiendo en última instancia la decisión de los médicos. La inmediatez y gravedad del riesgo justifican aquí, al igual que en el artículo 9.6 *in fine* LAP, que se faculte al médico para realizar las intervenciones clínicas indispensables en

¹¹ HUALDE MANSO, T.: «Oposición a transfusiones e intervenciones médicas en situación de riesgo de los menores», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 10/2013, Cizur Menor, 2013, p. 111.

favor de la salud del paciente sin necesidad de acudir al juez en caso de desacuerdo.

2.2.2 LÍMITES JURISPRUDENCIALES

Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas sentencias sobre el alcance y límites de los derechos fundamentales en los que se basa la autonomía del paciente. Pese a que en alguna ocasión llegó a entender que una intervención coactiva en contra de la voluntad de una persona adulta y capaz no vulneraba sus derechos fundamentales¹², se ha advertido un cambio de tendencia¹³.

Aunque se ha admitido la posibilidad de que una persona adulta y en plena disposición de sus facultades mentales rechace un tratamiento salvador, ya sea por motivos religiosos, ideológicos o cualesquiera otros que no estará obligado a manifestar, la autonomía del paciente se limita cuando el paciente se encuentra en una *situación de dependencia respecto de la Administración*. Así lo declaró el TC en el conocido caso de los presos del GRAPO en la STC 120/1990, de 27 de junio, doctrina que poco después confirma en las SSTC 137/1990, de 19 de julio y 11/1991, de 17 de enero. Ante la huelga de hambre iniciada por varios de los presos, el TC entendió que alimentarlos por vía parenteral en el momento en que, hallándose inconscientes, su vida corriese serio peligro limitaba su derecho a la integridad física y moral, pero no constituía una vulneración de sus derechos fundamentales. La relación especial de los reclusos con la Administración (art. 25.2 CE) determinaba el derecho-deber del Estado de velar por su vida, lo que, a juicio del Tribunal, lleva aparejada una limitación legítima de los derechos constitucionalmente reconocidos cuando su ejercicio sea contrario a la vida y salud¹⁴.

¹² Así, tras una transfusión realizada a una testigo de Jehová contra su voluntad, que finalmente no impidió su fallecimiento, el TC mediante Auto de 22/12/1984 inadmitió el recurso de amparo interpuesto por su marido. Entendió el Tribunal que la sentencia que autorizó la transfusión, era legítima y afirmó que «el derecho garantizado a la libertad religiosa por el art. 16.1 de la Constitución tiene como límite la salud de las personas».

¹³ En este sentido, VALERO HEREDIA, A.: «Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, en el caso de los testigos de Jehová», *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 6, 2002, p. 295, quien alude a las SSTC 120/1990 y 137/1990, en las que se intuye el reconocimiento por parte del Tribunal del derecho a rechazar tratamientos, aunque se ponga de esta forma en riesgo la propia vida. A ambas sentencias me refiero a continuación en el texto.

¹⁴ En contra del parecer de la Sala, los Magistrado Rodríguez Piñero y Leguina Villa señalan en sus votos particulares que no debería primar la condición de presos sobre la de enfermos, sino que debería ser al contrario y, en consecuencia, no se les deberían negar los derechos reconocidos a todos los pacientes.

III. DERECHO A LA VIDA

3.1 Principios bioéticos de beneficencia y no-maleficencia

Desde los orígenes de la medicina rige un criterio naturalista, según el cual lo bueno se identifica con el orden natural, imponiéndose una «moral de beneficencia». De acuerdo con esta ética de la medicina, la obligación del médico consistía en «hacer el bien» al paciente, con independencia de la voluntad de éste. Como se ha señalado, hasta las revoluciones democráticas modernas el médico ocupaba respecto del cuerpo humano una posición equivalente a la del monarca respecto de la república, esto es, oscilando entre un paternalismo propio de las relaciones familiares y una tiranía propia de relaciones esclavistas¹⁵.

En el juramento hipocrático y en los distintos códigos deontológicos de la medicina los principios de no-maleficencia y beneficencia son fundamentales. El primero prohíbe la causación de un mal, mientras que el segundo exige del facultativo una conducta activa siempre en favor de la salud del paciente. Estos principios, que son complementarios y tienen una estrecha vinculación con el derecho a la vida, también se han reconocido en numerosos convenios, declaraciones internacionales y disposiciones de Derecho interno.

Desde el siglo pasado, el tradicional paternalismo médico ha ido perdiendo terreno en favor del principio de autonomía que, como ya se vio, confiere importantes derechos a los pacientes, quienes, progresivamente, van adquiriendo la condición de sujetos activos. Como consecuencia de este cambio de paradigma, la relación médica se ha convertido en *autónoma, plural, secularizada y conflictiva*¹⁶.

3.2 La vida como valor superior en la jurisprudencia constitucional

El derecho fundamental a la vida, reconocido en el art. 15 CE, garantiza la salvaguarda de la vida humana como valor jurídico constitucionalmente protegido. Todas las personas son titulares de este derecho¹⁷, que requiere el cumplimiento por parte del Estado

¹⁵ GRACIA, D.: *Fundamentos...*, cit., p. 16.

¹⁶ Así, GRACIA, D.: *Fundamentos...*, cit., p. 18.

¹⁷ En la STC 53/1985, de 11 de abril, se limita la titularidad del derecho a la vida a las personas, quedando excluido el *nasciturus*. Sin embargo, pese a no reconocerse la titu-

de dos actuaciones: activa y omisiva. Por un lado, debe proteger a los individuos frente a comportamientos que atenten contra sus vidas y, por otro, abstenerse de realizar conductas vulneradoras de este derecho.

La jurisprudencia constitucional, a partir de la STC 53/1985, de 11 de abril, caracteriza la vida humana como un valor fundamental y superior en el ordenamiento jurídico constitucional, que constituye el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos¹⁸.

Según ha establecido que el TC, «el derecho fundamental a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte»¹⁹. Si bien se reconoce que, en el plano fáctico, un individuo puede disponer de su propia vida, reitera el Tribunal que se trata de una manifestación del *agere licere* que es posible al tratarse de una conducta que el ordenamiento no prohíbe.

En el ámbito médico, se reconoce el derecho a rechazar un tratamiento «como manifestación del derecho a la integridad física, pero no de un derecho de autodeterminación vital»²⁰. Sin embargo, no existe un derecho subjetivo a morir que permita exigir la colaboración del poder público con actos encaminados a poner fin a la vida, sino que, por el contrario, las conductas de terceras personas consistentes en inducir o colaborar al suicidio se encuentran tipificadas en el artículo 143 CP.

3.3 La cuestión de la eutanasia

Mientras que atentar contra la propia vida no es una conducta merecedora del reproche penal, sí lo es la participación en el suicidio mediante actos de inducción, cooperación necesaria o ejecutiva (art. 143.1.º, 2.º y 3.º CP). Se encuentra también previsto el supuesto de eutanasia voluntaria activa y directa, para la que se ha establecido una reducción en uno o dos grados de la pena prevista para los

laridad hasta el momento del nacimiento, el TC reconoce la protección constitucional del feto como embrión de vida humana.

¹⁸ No obstante, el Magistrado Tomás y Valiente formuló un voto particular en el que cuestiona la jerarquización axiológica contenida en la sentencia que lleva a la Sala a caracterizar la vida como valor superior del ordenamiento jurídico constitucional pese a no estar incluido en el art. 1.1 CE.

Además, como ha señalado RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual y derecho a la propia muerte», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 89, 2010, p. 29, «que algo sea supuesto ontológico o fáctico de otra cosa no lo hace necesariamente más valioso que esta otra cosa».

¹⁹ Así se ha pronunciado el TC en las sentencias 120/1990, de 27 de junio (FJ 7.º), 137/1990, de 19 de julio (FJ 5.º) y 154/2002, de 18 de julio (FJ 12.º).

²⁰ STC 137/1990, de 19 de julio (FJ 5.º).

supuestos ordinarios de cooperación necesaria o ejecutiva. Para que sea aplicable esta reducción se requiere que en la causación o la cooperación en la muerte haya mediado la petición expresa, seria e inequívoca de la persona aquejada de una enfermedad terminal o que le produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar (art. 143.4 CP).

En torno a la cuestión de la punibilidad de la eutanasia voluntaria existe un gran debate social que tiene su reflejo en la doctrina, y que enfrenta a quienes se muestran partidarios de mantener el castigo de la eutanasia activa y a quienes apelan a la autonomía personal y la dignidad para proclamar un derecho a morir dignamente. Se ha constatado cómo, en los últimos años, la regulación española y comparada ha ido dejando atrás la primacía del valor de la vida en beneficio de una creciente autonomía del individuo, aunque esta evolución solo ha llegado hasta la total despenalización de la eutanasia voluntaria en algunos países que suponen la excepción a la regla general²¹.

Uno de los argumentos que esgrimen quienes se muestran favorables a la despenalización de la eutanasia es la falta de coherencia que resulta de atribuir un papel determinante a la voluntad del paciente que desea rechazar un tratamiento salvador, al tiempo que se atenúa su eficacia cuando, para alcanzar el mismo resultado, necesita de la conducta activa de un tercero²².

IV. SITUACIÓN ACTUAL DEL PACIENTE MENOR EN GRAVE RIESGO

Vistos ya los principios bioéticos en torno a los que se articula la regulación actual, así como el régimen de la LAP integrado en el marco constitucional y de conformidad con los convenios internacionales, procede ahora analizar el régimen específico del paciente menor de edad: su capacidad para consentir por sí mismo, el consentimiento por representación y la adecuación de la regulación actual con el interés superior del menor.

²¹ Sobre el tratamiento legal y jurisprudencial de la eutanasia en el Derecho español y comparado, puede consultarse la obra ya citada de RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual...».

²² En este sentido, RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual...», cit, p. 33, afirma que «si el consentimiento del afectado es relevante para prohibir la acción de un tercero sin la cual se producirá su muerte, parece contradictorio devaluar la relevancia del consentimiento para permitir la acción que provocará la muerte que el afectado desea».

4.1 La capacidad natural del menor como criterio general determinante

4.1.1 CAPACIDAD NATURAL Y DOCTRINA DEL MENOR MADURO

Al regular la prestación del consentimiento cuando el paciente es un menor de edad, la LAP atiende principalmente a su capacidad natural, es decir a su capacidad fáctica o de hecho que, a diferencia de la capacidad de obrar, no depende del reconocimiento legal, sino que debe valorarse caso por caso. De esta forma, la facultad para consentir válidamente se hace depender de la efectiva capacidad intelectual y emocional del paciente para conocer el alcance de la intervención.

El reconocimiento de capacidad de obrar a los menores para el ejercicio de los derechos de la personalidad a medida que van adquiriendo la madurez necesaria se conoce como «doctrina del menor maduro»²³. Este progresivo ejercicio de sus derechos le permite adquirir la condición de sujeto activo que participa en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades, lo que favorece el desarrollo de su autonomía personal. La importancia de que el desarrollo evolutivo de los menores se acompañe de una mayor implicación en la toma de decisiones que les afectan se refleja en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en la medida en que el interés superior del menor se hace depender, entre otros criterios, del respeto de su creciente autonomía.

El derecho de los menores a ejercer sus derechos de la personalidad de acuerdo con su capacidad se reconoce por el artículo 162 CC, sin perjuicio de la asistencia de sus progenitores en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. Asimismo, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia ima-

²³ Respecto de los menores maduros, es especialmente relevante el caso *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another* [1985] 3 W. L. R. 830, en el que se discutía ante los tribunales del Reino Unido si el consentimiento de los titulares de la patria potestad era necesario para suministrar anticonceptivos a las hijas menores de la demandante. En su pronunciamiento de 17 de octubre de 1985, la Cámara de los Lores determinó que en el ámbito sanitario corresponde a los menores que reúnan las condiciones de madurez necesarias prestar el consentimiento. El consentimiento por parte de los titulares de la patria potestad tiene por objetivo la protección del interés de los menores y solo se justifica en aquellas situaciones en las que el hijo menor no tiene capacidad para tomar por sí mismo la decisión médica. A raíz de este caso se alude en Derecho inglés a la conocida como «*Gillick competence*» y que en nuestro Derecho se ha venido a llamar «doctrina del menor maduro». Sobre esta cuestión DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 291.

gen, les otorga la capacidad de ejercitar estos derechos cuando sus condiciones de madurez lo permitan.

Por su parte, en el ámbito sanitario la capacidad natural del mayor de 16 años para consentir o rechazar por sí mismo un tratamiento se presume con carácter *iuris tantum*²⁴, debiendo probarse cuando el menor no haya alcanzado esa edad. No obstante, en uno y otro caso, se exceptúan de la regla de capacidad natural los supuestos en los que el menor se enfrenta a una actuación médica de grave riesgo para su vida o salud. Cuando, a juicio de los médicos, la intervención sea de grave riesgo, el paciente menor no podrá consentirlo ni rechazarlo, sino que la decisión corresponderá a sus «representantes» (art. 9.4 LAP).

4.1.2 VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD

En la práctica, las principales dificultades que plantean los supuestos en los que el paciente es un menor, tienen que ver con la valoración de su madurez emocional y cognitiva que, además, debe ponerse en relación con la complejidad de la cuestión y la importancia de los bienes y derechos en juego²⁵. Corresponde a los profesionales sanitarios apreciar si el paciente tiene la capacidad suficiente, pero se ha advertido que esta valoración en ocasiones resulta muy compleja al no existir test u otros instrumentos validados con los que se pueda medir el grado de madurez adquirido²⁶.

A la hora de evaluar la capacidad del paciente menor, los médicos deberán tener en cuenta la complejidad de la decisión y la gravedad de las posibles consecuencias, de tal forma que la madurez exigida para decidir sobre un tratamiento salvador o una intervención que entrañe riesgos (v. gr., operación quirúrgica compleja) deberá ser notablemente superior a la necesaria para decidir sobre intervenciones menores (v. gr., la extracción de una muela). Existen escalas móviles de capacidad que, dentro de las limitaciones que presentan para medir la madurez, permiten evaluarla para decisiones con distinta complejidad, distinguiendo por niveles en fun-

²⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario...*, cit., p. 287; HORRA VERGARA, N. «La incidencia de la Ley 26/2015 en la Ley 41/2002 sobre capacidad de los menores de edad en el ámbito sanitario», *Revista Adolescere*, Vol. 4, n.º 1, 2016, p. 37.

²⁵ En este sentido, OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo», *InDret*, 3/2015, p. 8.

²⁶ OGANDO DÍAZ, B. y GARCÍA PÉREZ, C.: «Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro», *Pediatría Integral*, Vol. XI, n.º 10, 2007, p. 881.

OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 9, señala que los test existentes son útiles para detectar déficits cognitivos por patologías como el Alzheimer o la esquizofrenia, pero no para evaluar si el grado de madurez de un individuo le permite actuar de forma plenamente autónoma.

ción del grado de discernimiento requerido²⁷. En cualquier caso, el reconocimiento o negación de la capacidad no puede depender del sentido de la decisión adoptada por el menor²⁸.

Para determinar si el menor está capacitado para consentir por sí mismo, el médico deberá comprobar que puede apreciar su situación, comprender la información transmitida por el personal sanitario, utilizar racionalmente esos datos y comunicar su decisión²⁹. Será necesario que comprenda plenamente la información relativa a la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como los riesgos, consecuencias y alternativas.

4.2 Consentimiento «por representación» cuando el paciente es un menor

El artículo 9 LAP regula los supuestos en los que el consentimiento debe prestarlo una persona distinta del paciente. Son situaciones en las que, por ser el paciente menor de edad, tener modificada judicialmente su capacidad, no ser capaz de tomar decisiones o hallarse en un estado físico o psíquico que le impide hacerse cargo de su situación, el legislador atribuye a un tercero la facultad para otorgar el consentimiento «por representación»³⁰.

Si pese a la minoría de edad, y teniendo en cuenta las características de la intervención, la madurez emocional y cognitiva del

²⁷ A esta escala se refieren OGANDO DÍAZ, B. y GARCÍA PÉREZ, C.: «Consentimiento informado...», cit., p. 881.

²⁸ ASÍ, OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 11, quien afirma que «del hecho evidente de que se requiere más capacidad para tomar decisiones complejas que para tomar decisiones simples, no se sigue que se necesite más capacidad para rechazar las indicaciones del médico que para aceptarlas».

DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal...», cit., p. 134, constata que con frecuencia doctrina y jurisprudencia enarbolan la bandera de la «buena autonomía» cuando está en juego la vida o la integridad física del menor, de forma que «si de morir o seguir viviendo se trata, la elección del menor es autónoma cuando se opta por lo segundo».

²⁹ Hace referencia a estas cuatro funciones cognitivas básicas OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 9, quien también entiende que en caso de duda sobre la capacidad del menor, si su decisión conlleva la pérdida de la vida, es mejor fallar negándole la capacidad a quien la tiene que reconocérsela a quien no (p. 12).

³⁰ Pese a que la ley utiliza esa expresión, la doctrina ha entendido que en los casos en que realmente decide el representante no se trata propiamente de un acto de representación, sino que es una facultad derivada del deber de velar. En este sentido Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, T. I, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pp. 278-279.

PARRA LUCÁN, M. A.: «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 2, 2003, además de señalar que no resulta acertado atribuir en términos de representación el ejercicio de derechos de la personalidad, critica el precepto porque engloba en el «consentimiento por representación» supuestos en los que el paciente no tiene un representante legal, lo que, en su opinión, resulta erróneo salvo que se entienda que la ley convierte, automáticamente, en representantes legales a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho.

menor le permitiese comprender su situación, valorar las posibles consecuencias y decidir libremente, podría por sí mismo emitir un consentimiento válido³¹. Por el contrario cuando el menor no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención corresponde a sus representantes prestar el consentimiento. Como establecen los artículos 9.3.c) LAP y 9 LOPJM, deberá garantizarse el derecho del menor a ser oído y escuchado en función de su madurez y, en todo caso, cuando sea mayor de doce años.

Se presume la madurez de los menores emancipados o mayores de 16 años, momento en el que se comienza a hablar de «mayoría de edad sanitaria» y se excluye, con carácter general, la posibilidad de prestar consentimiento por representación. En consecuencia, a partir de los 16 años son titulares de los derechos de información y confidencialidad y el régimen de consentimiento es el mismo que el de los adultos capaces. No obstante, se exceptúan los supuestos de grave riesgo para su vida o salud, cuya regulación fue modificada por la disposición final 2.^a de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Para una mejor comprensión de la problemática que planteaba y plantea la regulación de los supuestos en los que el menor maduro se encuentra en una situación de grave riesgo, analizo a continuación la previsión de la LAP antes y después de ser modificada por la Ley 26/2015.

4.2.1 Menores maduros y actuaciones de grave riesgo antes de la reforma

Hasta la entrada en vigor de la modificación operada por la Ley 26/2015, correspondía a los menores emancipados o mayores de 16 años consentir o rechazar el tratamiento incluso en situaciones de grave riesgo para su vida o salud, con la particularidad en tales casos de que debía informarse a los progenitores y tener en cuenta la opinión de estos. La redacción del artículo 9.3.c) LAP dio lugar a numerosas dudas interpretativas respecto de la eficacia jurídica que debía reconocerse a la voluntad de los progenitores³².

³¹ Aunque la LAP no habilita expresamente a los menores para consentir o rechazar los tratamientos cuando son suficientemente capaces, esta regla se deduce de la lectura *a contrario* del art. 9.3.c) LAP. En este sentido SANTOS MORÓN, M. J.: «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor» *AFDUAM*, n.º 15, 2011, p. 81, señala que se reitera la regla de la capacidad natural que se deduce del art. 9.3.a) LAP.

³² Aunque como afirman, entre otros, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paternofiliales*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 202-203 o, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario...*, cit., p. 294, parece que en caso de discrepancia debía prevalecer la voluntad del

Especialmente problemáticos eran los supuestos en los que la voluntad del menor, contraria al criterio facultativo, hacía peligrar su propia vida o salud. El debate giraba en torno al margen de autonomía que la ley reconocía al menor y podían distinguirse dos posturas doctrinales opuestas: por un lado, quienes negaban la eficacia de la voluntad del menor y, por otro, quienes defendían el deber de respetar la voluntad del menor maduro con independencia de las consecuencias de su decisión.

La doctrina mayoritaria ha venido negando o limitando la eficacia de la decisión del menor que al rechazar un tratamiento médico hace peligrar su vida o salud. En esta línea, la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) consideró irrelevante la oposición del menor emancipado o con 16 años cumplidos a recibir un tratamiento salvador³³. Se ha argumentado también que, aunque la ley impedía el consentimiento por representación al alcanzar el paciente los 16 años era posible, en virtud del artículo 158.4.º CC, acudir al juez para que autorizase el tratamiento necesario en situaciones de grave riesgo³⁴.

En contra de la opinión expuesta se ha manifestado un sector doctrinal defendiendo que la voluntad del menor maduro debía respetarse en todo caso, puesto que pese al deber de informar a sus progenitores estos no estaban facultados para sustituir su voluntad³⁵. Tratar de excluir la regla de la capacidad natural, se argumentaba, sería manifestación de un paternalismo *contra legem*³⁶. Se ha criticado incluso la exigencia de informar a los progenitores en estos supuestos, pues se ha entendido que suponía una vulneración de los derechos de confidencialidad e intimidad del paciente menor³⁷.

menor sobre la de los progenitores, también se ha sostenido que ante el desacuerdo entre el menor y sus representantes debía acudir a la autoridad judicial.

³³ Según afirma la FGE en la Circular 1/2012, p. 24, «la solución de los posibles conflictos de intereses cuando están en juego graves riesgos, debe partir de la irrelevancia de la voluntad de los menores de edad, ya expresada por sí mismos o a través de sus representantes legales, cuando su sentido en uno u otro caso, sea contrario a la indicación médica cuya omisión comporte riesgo vital grave para la vida o la salud del paciente menor de edad».

³⁴ PARRA LUCÁN, M. A.: «La capacidad...», cit. También en la Circular 1/2012 de la FGE se defiende la posibilidad de acudir a la autoridad judicial.

³⁵ Así, SANTOS MORÓN, M. J.: «Menores...», cit., pp. 85-86, quien sugiere que la idea que subyace a la postura favorable a imponer el tratamiento salvador es la de que, a la vista de su decisión, el menor no tiene capacidad suficiente. Es decir, se estaría incurriendo en el error de hacer depender el reconocimiento de la capacidad del sentido de su decisión.

³⁶ RIVERA ÁLVAREZ, J. M.: «Consentimiento informado del adolescente en situaciones de grave riesgo: ¿autonomía privada vs. interés superior del menor?», *Revista de Derecho Privado*, n.º 99, 2015, pp. 78-80, quien expone y critica las diferentes posturas que, aprovechando las dudas que derivaban del art. 9.3.c) LAP, negaban la autonomía del paciente mayor de 16 años en grave riesgo.

³⁷ SANTOS MORÓN, M. J.: «Menores...», cit., pp. 84-85.

Otros autores se han mostrado contrarios a estas posiciones doctrinales enfrentadas que se han construido en torno al derecho a la vida o al principio de autodeterminación. La principal crítica es que ambas pretenden identificar el interés superior del menor con la vida o con la autonomía personal, respectivamente. Frente a ello se ha propuesto la valoración del interés superior del menor desde una perspectiva imparcial y moralmente neutral³⁸.

4.2.2 MENORES MADUROS Y ACTUACIONES DE GRAVE RIESGO TRAS LA REFORMA

El legislador, a través de la modificación introducida por la Ley 26/2015 que entró en vigor el 18 de agosto del mismo año, se ha decantado por la solución defendida por la doctrina mayoritaria. En su nueva redacción, el artículo 9.4 LAP mantiene la regla general según la cual no cabe prestar el consentimiento por representación cuando el paciente es un emancipado o mayor de 16 años³⁹, pero exceptúa las actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor. En estos casos la facultad para consentir se atribuye a los representantes⁴⁰ que deberán oír y tener en cuenta la opinión del menor. De esta forma, ante las situaciones de mayor peligro para la vida del paciente menor parece operar una presunción *iuris et de iure* de incapacidad que justificaría la intervención de terceras personas, a las que se faculta para adoptar una decisión en su lugar.

Además de la negación en estas situaciones de la autonomía del paciente menor con independencia de su efectiva capacidad, el legislador ha querido ordenar el sentido de la decisión que deben adoptar sus representantes. Así, el artículo 9.6 LAP establece que cuando el consentimiento deban otorgarlo los representantes o per-

³⁸ En este sentido, OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 18, quien señala que estas opiniones doctrinales son insatisfactorias, puesto que «constituyen posturas ideológicas que [...] presuponen aquello que está en discusión. Ambas se apoyan en concepciones sustantivas del bien humano a las que otorgan un valor absoluto».

³⁹ Es llamativo que la ley mantenga la redacción anterior distinguiendo entre los menores emancipados y los mayores de 16 años. Cabe cuestionarse si, a día de hoy, es posible que un menor esté emancipado antes de haber cumplido los 16 años. Hasta el 23 de julio de 2015, fecha en que entró en vigor la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, se permitía, previa dispensa judicial, el matrimonio de menores a partir de los 14 años, con la consiguiente emancipación. Sin embargo, tras haberse suprimido esta posibilidad, no existe en nuestro ordenamiento ningún mecanismo que permita emanciparse a un menor antes de cumplir 16 años.

⁴⁰ La ley, sin hacer distinciones, atribuye la facultad decisoria a los representantes, pese a que los menores emancipados ya no tienen. Esta inexistencia de representantes hace necesario determinar quiénes están legitimados para decidir en lugar del menor emancipado, siendo dos las alternativas que se presentan. De un lado, puede entenderse que están legitimadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho de conformidad con el art. 9.3.a. LAP y, de otro, puede atribuirse la decisión a los progenitores o, en su caso, al curador con base en el art. 323 CC.

sonas vinculadas por razones familiares o de hecho «la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente». Como ya se ha afirmado, esta nueva regulación se aleja del principio de autonomía del paciente⁴¹.

Por último, el artículo 9.6 LAP prevé el mecanismo necesario para poder llevar a cabo la intervención cuando exista una oposición de los progenitores o representantes legales al tratamiento indicado. En tales casos los profesionales sanitarios deberán ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal. Si por razones de urgencia no fuese posible recabar la autorización judicial, los profesionales sanitarios, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad, podrán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente.

4.2.3 OTRAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE CAPACIDAD NATURAL Y COHERENCIA DEL SISTEMA

Esta limitación de la autonomía de los menores maduros en situaciones de grave riesgo se une a otros supuestos en los que se excluye la capacidad para consentir del menor maduro: los ensayos clínicos, las técnicas de reproducción humana asistida y, a partir de la Ley Orgánica 11/2015⁴², también la interrupción voluntaria del embarazo. Además tampoco se permite a los menores otorgar el documento de voluntades anticipadas (art. 11 LAP)⁴³.

La doctrina había puesto de manifiesto numerosas incoherencias derivadas de la regulación de la capacidad del menor para consentir válidamente en el ámbito sanitario⁴⁴. En la actualidad parece

⁴¹ RIVERA ÁLVAREZ, J. M.: «Consentimiento informado...», cit., p. 85, ya criticaba en fase de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de febrero de 2015 por alejarse del principio de autonomía configurado en el Convenio de Derechos del Niño de 1989 en favor del paternalismo médico como solución del conflicto entre autonomía y salud.

⁴² Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, publicada el 22 de septiembre del mismo año y que entró en vigor al día siguiente de su publicación.

⁴³ El art. 11 LAP define estos documentos como aquellos por los que «una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y tratamientos médicos o el destino de su cuerpo», lo que interpretado a contrario, excluye la posibilidad de que sean otorgados por un menor. No obstante, cabe preguntarse si, pese al tenor literal del precepto, un menor emancipado, en la medida en que está habilitado para regir su persona como si fuera un mayor (art. 323. I CC), podría válidamente otorgarlo.

Por su parte, LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital y voluntad del paciente*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 108-109, entiende que un menor de edad sí podría realizar este tipo de documentos.

⁴⁴ Así, OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 19, se preguntaba si tenía sentido que un menor no pueda dar por sí mismo su consentimiento para un ensayo clínico y sí

que el legislador ha eliminado, o al menos reducido, estas incongruencias al impedir al menor con 16 años cumplidos, y con independencia de su capacidad, consentir válidamente cuando se encuentra en una situación de grave riesgo. Para ello, se ha optado por eliminar la autonomía del paciente menor también en estos supuestos, de forma que su derecho a la autodeterminación queda igualado por abajo en todos los casos.

En concreto, parece que el legislador ha excluido la capacidad del menor en situaciones de grave riesgo, para que la modificación del artículo 9.5 LAP, llevada a cabo meses después y que exige el consentimiento de los titulares de la patria potestad para la interrupción del embarazo por parte de las menores, no supusiese otra incongruencia más. Sin embargo, esta negación de la capacidad de las menores para interrumpir por su sola voluntad el embarazo reviste en sí misma cierta incoherencia⁴⁵.

Pese a que se ha logrado una cierta coherencia interna del sistema, cabe preguntarse hasta qué punto resulta satisfactoria esta regulación y si respeta los derechos y libertades fundamentales de los menores que han alcanzado un grado de madurez suficiente como para decidir por sí mismos de forma autónoma y racional.

4.3 Interés superior del menor

El interés superior del menor se configura en la LOPJM como un principio jurídico interpretativo, un derecho sustantivo y una norma procedimental. Este principio, consagrado desde 1959 en la Declaración Universal de los Derechos del Niño y posteriormente en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, debe guiar las actuaciones tanto de entes públicos como privados y goza de primacía frente a otros derechos o intereses cuando no resulte posible conciliarlos (art. 2.4 LOPJM).

Al ser un concepto jurídico indeterminado, el interés del menor debe concretarse atendiendo a las particularidades de cada caso, sin que sea posible determinar *ex ante* y en abstracto su contenido. No obstante, con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modi-

pudiese rechazar sin restricciones un tratamiento vital. Por su parte, DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal...», cit., pp. 136-137, llamaba también la atención sobre lo sorprendente que resultaba que a partir de los 16 años se permitiese al menor decidir sobre su vida pero no votar y que el art. 156 CP exija ser mayor de edad para otorgar un consentimiento eximente de responsabilidad penal en las intervenciones de cambio de sexo, esterilización y trasplantes de órganos.

⁴⁵ Como señala DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal...», cit., p. 138, resulta paradójico que «una persona juzgada como incapaz para adoptar una decisión es, sin embargo, considerada, siquiera sea implícitamente, suficientemente competente para convertirse en madre».

ficación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el legislador ha introducido en la LOPJM los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el interés superior del menor. Estos criterios proporcionan al operador jurídico las pautas en las que apoyar su decisión y son la plasmación del criterio doctrinal y jurisprudencial que se había desarrollado en los últimos años⁴⁶.

En el artículo 2 LOPJM se enumeran tanto los criterios generales como los elementos de ponderación. Entre los primeros interesa mencionar los derechos a la vida, al libre desarrollo, a la satisfacción de sus necesidades básicas, a que sus deseos, sentimientos y opiniones sean tenidos en cuenta, a participar progresivamente en la determinación de su interés superior y a la preservación de su identidad, cultura, religión y convicciones. En cuanto a los elementos que deben utilizarse al realizar la ponderación, destacan la edad y madurez del menor, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo y la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente.

Antes de analizar la adecuación de la regulación actual con el interés superior del menor, es interesante examinar un supuesto que se planteó hace unos años en Reino Unido y que permite apreciar las dificultades que en ocasiones se plantean en este ámbito y que exigen una solución en función de las circunstancias del caso concreto.

4.3.1 EL CASO DE HANNAH JONES

El caso de Hannah Jones, una niña británica de 13 años que rechazó un trasplante de corazón, tuvo una gran repercusión mediática y reabrió el debate en torno a la autonomía que debe reconocerse a los menores en el ámbito sanitario, especialmente cuando están en riesgo su vida o salud⁴⁷.

A Hannah se le había diagnosticado leucemia a la edad de 5 años, por lo que desde entonces estuvo recibiendo sesiones de quimioterapia. Los tratamientos a los que debió someterse durante 8 años acabaron causándole graves problemas cardíacos. Por esta razón le fue implantado un marcapasos y un tiempo después los facultativos informaron a la menor y a sus progenitores de la nece-

⁴⁶ En la STS 31/7/2009 (RJ 2009/4581) se había señalado la necesidad de determinar los criterios para la valoración del interés del menor, enumerándose a continuación a título de ejemplo los que se habían expuesto por la doctrina y que actualmente han sido incorporados a la LOPJM.

⁴⁷ La noticia de la que se hicieron eco numerosos medios puede leerse, entre otros, en: «Hannah no quiere otro corazón», *El País*, 12 de noviembre de 2008.

sidad de un trasplante de corazón. Esta operación no estaba exenta de riesgos e inconvenientes pero era la única opción para salvar la vida de Hannah.

En aquel momento la menor tenía 13 años y, en contra del criterio médico, manifestó su voluntad de no someterse a la intervención aunque ello comportase su fallecimiento en un corto periodo de tiempo. Hannah se negaba porque, según explicó, no se veía con fuerzas para seguir haciendo frente a su enfermedad y, tras años entrando y saliendo de un hospital, había decidido que era suficiente. Sus padres la apoyaron en su decisión y el asistente social con el que se entrevistó determinó que la niña era conocedora de las consecuencias de su decisión y tenía madurez suficiente para decidir por sí misma. La opinión pública también se mostraba favorable a respetar la voluntad de la niña y los médicos, finalmente lo aceptaron y renunciaron a realizar el trasplante.

Al cumplir los 14 años, Hannah cambió de opinión y comunicó su voluntad de someterse al trasplante de corazón. La intervención se realizó con éxito y mejoró sustancialmente su salud y esperanza de vida, pero el debate ya estaba abierto: ¿fue conforme con el interés de la paciente menor la decisión adoptada por el comité de ética del hospital o, por el contrario, se debería haber sometido a Hannah a la intervención en un primer momento en contra de su voluntad?

4.3.2 EL PATERNALISMO DEL ARTÍCULO 9.4 II LAP FRENTE A LA AUTONOMÍA DEL MENOR MADURO

El interés del menor en tomar las decisiones que le conciernen a medida que va adquiriendo la capacidad necesaria se traduce en el ámbito sanitario en la regla de capacidad natural, que se presume a partir de los 16 años. Se respetan así, no solo los derechos que tiene reconocidos en tanto que paciente, sino también su interés como menor en promover su autonomía.

Con la excepción a la regla general prevista en el artículo 9.4 II LAP, el legislador parece querer proteger a los menores ante la posibilidad de que tomen decisiones gravemente perjudiciales para su vida o salud, atribuyendo la facultad decisoria a sus representantes legales. Esta restricción de la autonomía, que se hace en nombre del interés del menor, ignora que precisamente la autonomía es uno de los aspectos fundamentales para determinar su interés. Como se establece en la exposición de motivos de la propia LOPJM: «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».

Actualmente en los casos de grave riesgo solo se exige oír y tener en cuenta la opinión del menor, pero no se reconoce ninguna eficacia a su voluntad aunque demuestre una madurez y capacidad decisoria plenas, lo que resulta contrario al interés del menor en ir adquiriendo un control sobre su situación personal en función de su capacidad. Se ignora también su derecho como paciente capaz a no ser sometido a tratamientos para los que no ha prestado su consentimiento y pueden vulnerarse derechos fundamentales como la integridad física y moral o la libertad ideológica y religiosa.

Esta limitación de su autonomía responde al modelo paternalista adoptado por la FGE en la Circular 1/2012 y acogido posteriormente por el legislador. En la Circular, se hace especial referencia al rechazo de transfusiones de sangre por testigos de Jehová menores de edad, afirmando que, en tales casos, debe autorizarse el tratamiento aunque sea en contra de la voluntad del menor no maduro o de sus progenitores. Hasta aquí, el criterio de la FGE es absolutamente razonable y coincide con la postura adoptada por el TC en la sentencia 154/2002. Sin embargo, hacer extensible esta solución a casos en los que el paciente es un menor completamente maduro, es, cuando menos, discutible.

Creo que esta regulación solo puede defenderse si se asume que ningún menor de edad puede tener la capacidad suficiente para tomar decisiones trascendentales sobre su propia salud⁴⁸. Pese a que por lo general un adolescente no habrá adquirido la capacidad suficiente para asumir decisiones que hagan peligrar su vida o salud, establecer un criterio uniforme y objetivo como la edad constituye una arbitrariedad manifiesta.

Frente a esta solución prevista por el legislador, resultaría mucho más razonable adoptar un criterio subjetivo, que permitiese decidir por sí mismos a aquellos adolescentes que tuviesen capacidad suficiente para ello. Posiblemente la mejor forma de resolver el problema de la competencia de los menores para decidir sea no resolverlo con carácter general y preciso⁴⁹.

El inconveniente de un sistema que atiende a la efectiva capacidad es la pérdida de la seguridad jurídica que proporciona un crite-

⁴⁸ Parece ser la postura de OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 10, quien afirma que «los menores de edad [...] son incapaces de actuar como agentes morales y de forma plenamente racional», esto se debe a que «existen áreas cerebrales fundamentales para el control racional de la conducta, como la corteza prefrontal, que no completan su desarrollo hasta la tercera década de la vida» (p.12).

⁴⁹ En este sentido DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal...», cit., p. 135, quien afirma que «fijar rígidamente una edad no deja de resultar un ejercicio de fetichismo y arbitrariedad, como los críticos del llamado «liberacionismo infantil» adujeron siempre».

rio objetivo como el de la edad. Actualmente, cuando los facultativos atienden a un menor en situación de grave riesgo tienen la certeza de que el consentimiento otorgado por sus progenitores o tutores es válido, mientras que si tuviesen que valorar la capacidad de un menor de 17 años se plantearían muchas más dudas que podrían incluso hacerles temer una potencial reclamación de responsabilidad. No obstante, y pese a los problemas de seguridad jurídica que derivarían de hacer depender la eficacia del consentimiento de la capacidad natural del paciente menor, creo que es un inconveniente que puede y debe asumirse, encomendando la valoración de los casos concretos, si no a los facultativos, a otros especialistas. Si el legislador realmente se toma en serio los derechos de los menores, no puede pretender maximizar la seguridad jurídica a costa del interés de estos.

4.3.3 EL «MAYOR BENEFICIO PARA LA VIDA» DEL ARTÍCULO 9.6 LAP FRENTE AL MAYOR BENEFICIO PARA EL MENOR

Cuando el consentimiento deban otorgarlo los progenitores o las personas vinculadas al paciente, el legislador ha establecido que «la decisión deberá adoptarse siempre atendiendo al mayor beneficio para la vida o salud del paciente» (9.6 LAP). Esto es aplicable tanto en los supuestos en que el menor no es capaz para decidir por sí mismo, como en los casos en los que siendo capaz, por encontrarse en una situación de riesgo, se atribuye la decisión al representante.

Este precepto muestra la preocupación del legislador por la protección del interés del menor mediante la salvaguarda de derechos tan importantes como la vida y la salud, aunque para ello ignora otros derechos e intereses como la autodeterminación personal, la integridad física, la libertad religiosa o la dignidad del menor.

Se ha sostenido que el Estado tiene que proteger, en todo caso, la vida de los menores en virtud del mandato del artículo 39 CE. Da la impresión de que esta línea argumental situaría a los menores en una situación de dependencia respecto del Estado similar a la de los presos del GRAPO. Frente a esto, parece evidente que la «protección integral» de los menores no debe limitarse a su vida prescindiendo del resto de derechos, sino que el deber del Estado que deriva del artículo 39 CE no es otro que la protección del interés superior de los menores⁵⁰.

⁵⁰ El art. 39 CE exigirá la protección de la vida de los menores en los supuestos en que esta se identifique con el mayor interés del menor. Por ejemplo, el Estado deberá salvaguardar la vida e integridad física del menor cuando no tenga madurez suficiente, aun-

El respeto al interés del menor en el ámbito sanitario exige que las decisiones adoptadas por sus representantes o a la autoridad judicial redunden en su beneficio que no siempre coincidirá con el «mayor beneficio de la vida» al que se refiere el artículo 9.6 LAP. Aun admitiendo el criterio adoptado en el artículo 9.4 II, según el cual todos los menores son sujetos incapaces para asumir decisiones vitales y, por tanto, necesitan que sea una tercera persona quien emita el consentimiento en su lugar, es muy cuestionable que la preservación de la vida sea siempre la opción más respetuosa con el interés del menor. A diferencia de la cuestión relativa a la autonomía, creo que la exigencia legal de salvaguardar la vida puede vulnerar tanto el interés del menor maduro como del menor inmaduro⁵¹.

Tal y como establecen, entre otros, la Convención sobre los Derechos del Niño y la LOPJM, el interés del menor es el que debe primar al adoptar decisiones que le afecten y para determinarlo es necesario oír su opinión e incluirla en la evaluación de su interés objetivo⁵². Incluso un menor sin madurez para decidir por sí mismo puede tener razones objetivamente válidas para aceptar o rechazar un tratamiento, en cuyo caso deberán tenerse en cuenta por la persona que deba decidir en su lugar⁵³.

El caso de Hannah permite cuestionar si es la preservación de la vida el criterio que debe guiar en todo caso la actuación médica cuando el paciente es un menor o si, por el contrario, pueden darse circunstancias que justifiquen otra decisión. Se trata de un supuesto límite, en el que la posibilidad de preservar la vida de la menor pasa por someterla a una intervención compleja y arriesgada, cuyo éxito no está asegurado y que la paciente no se siente en condiciones de afrontar. Como se ha señalado, la realización del trasplante ignorando su deseo de no sufrir más habría sido sencillamente cruel⁵⁴.

Si se plantease actualmente en nuestro país un caso como el de Hannah, una interpretación literal a ultranza del artículo 9.6 LAP

que se oponga por razones religiosas. Como ha señalado DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal...», cit., p. 131, en estos casos la mejor justificación para desplazar el criterio religioso es la necesidad de preservar la posibilidad de ejercicio de la autonomía futura del menor.

⁵¹ VILA-CORO, M. D.: *La bioética en la encrucijada. Sexualidad, aborto, eutanasia*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 188, «actuar a favor de la vida no significa, necesariamente, actuar en interés del paciente»; OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 20, «la vida no es lo único valioso que posee el menor. Su preservación no representa siempre, necesariamente, su mejor interés».

⁵² OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 23.

⁵³ Como señala la Observación General n.º 12 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, relativa al derecho del niño a ser escuchado, no es posible una aplicación correcta del interés del menor si no se respeta su derecho a ser oído (§ 74).

⁵⁴ Así OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 26.

obligaría a los progenitores, una vez oída la opinión de la menor y pese a la razonabilidad de sus argumentos, a autorizar el trasplante y, en caso de negarse, los facultativos recabarían la autorización judicial.

Sin embargo, el artículo 9.7 LAP establece que el consentimiento por representación deberá prestarse siempre en beneficio del paciente y con respeto a su dignidad personal, previsión que, a mi juicio, obliga a matizar la exigencia de salvaguardar siempre la vida del paciente menor manifestada en la Circular 1/2012. En consecuencia, y pese a la literalidad del artículo 9.6 LAP, el «mayor beneficio para la vida» debe completarse con lo previsto en el artículo 9.7 LAP, de forma que el consentimiento otorgado por representación se preste siempre en beneficio del paciente, con especial consideración de su vida, pero respetando, en todo caso, unas condiciones mínimas de dignidad. Además, siendo el paciente un menor, no puede olvidarse que tanto los progenitores, que en el ejercicio de la patria potestad están vinculados por el interés del menor, como los facultativos y la autoridad judicial deberán decidir siempre en beneficio del paciente menor⁵⁵.

El respeto a la dignidad del paciente prohíbe también prolongar artificialmente la vida de quien no tiene posibilidad de curarse mediante tratamientos médicos excesivos que solo provocan un mayor padecimiento. En estos supuestos, denominados de ensañamiento, obstinación o encarnizamiento terapéutico, deben limitarse los esfuerzos terapéuticos encaminados a retrasar la muerte, sin dejar de atenderse las necesidades y cuidados paliativos que requiera el paciente.

V. SUSTITUCIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL MENOR

La prestación del consentimiento por parte de los representantes legales del menor, generalmente los progenitores, requiere establecer el alcance de su deber de velar, especialmente cuando es contrario a sus creencias religiosas. Por otra parte, se han articulado los mecanismos necesarios para garantizar la protección del menor cuando quienes deben decidir en su lugar se oponen al criterio médico por motivos ajenos al interés del menor.

⁵⁵ En esta línea, el Convenio de Oviedo establece en su art. 6, relativo a la protección de las personas que no tienen capacidad para expresar su consentimiento, que procede consentir al representante cuando un *menor no tenga capacidad* necesaria y prevé la posibilidad de retirar el consentimiento siempre que sea *en interés de la persona afectada* (no de su vida).

5.1 CONCILIACIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS PADRES CON SU DEBER DE VELAR

Como ya se ha puesto de manifiesto en diversas sentencias dictadas por nuestros tribunales, el deber de los progenitores de autorizar los tratamientos médicamente recomendados sobre sus hijos cuando estos carecen de la capacidad suficiente, puede ser contrario a las convicciones ideológicas de aquellos. En estos supuestos, su derecho a la libertad religiosa entra en conflicto con su deber de velar por los hijos. Pese a que el interés superior del menor debe primar sobre cualesquiera otros intereses en juego, cuando se ven afectados derechos fundamentales de otras personas, estos deben valorarse (art. 2.4 LOPJM).

El TC se pronunció en la STC 154/2002 sobre la conducta que era legalmente exigible a unos progenitores, testigos de Jehová, que se negaban a autorizar una transfusión sanguínea de la que dependía la vida de su hijo. El Tribunal ponderó el derecho a la vida del menor y la libertad religiosa de los progenitores para llegar a la conclusión de que «la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó el tratamiento»⁵⁶. De esta forma la jurisprudencia constitucional establece que no es exigible el consentimiento ni la colaboración activa de los progenitores (por ejemplo, convenciendo al menor). Es suficiente una falta de oposición y un comportamiento que, por lo demás, sea diligente, pudiendo consistir en la búsqueda de tratamientos alternativos que, de no existir, obligará a acatar la decisión judicial.

En este pronunciamiento, anterior a la modificación de la LAP, el TC resuelve un supuesto en que el paciente era un menor sin una acreditada «madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital», circunstancia que resulta esencial porque, como señala el TC, su voluntad de rechazar el tratamiento no resultaba vinculante. Actualmente, las mismas consideraciones sobre el deber de actuación de los progenitores son trasladables a los supuestos en que, siendo el menor suficientemente maduro, se enfrenta a una intervención de grave riesgo.

5.2 AUTORIZACIÓN JUDICIAL Y CRITERIO MÉDICO

El respeto de la libertad religiosa de las personas a las que se atribuye la capacidad para otorgar el consentimiento por sustitu-

⁵⁶ STC 154/2002, de 18 de julio (FJ 12.º).

ción es posible porque se prevén los mecanismos que permiten realizar las intervenciones médicas necesarias cuando la decisión es contraria a la vida o salud del menor⁵⁷. Normalmente deberá recabarse la autorización judicial⁵⁸, aunque se permite la actuación directa del médico si, por razones de urgencia, no fuese posible recabar dicha autorización (art. 9.6 LAP).

El médico, tras valorar la madurez del menor para comprender el alcance de la intervención y la existencia o no de grave riesgo, solicitará la autorización judicial cuando entienda que la decisión de los progenitores no es la más beneficiosa para la vida o salud del menor. Se ha sostenido que, incluso cuando los progenitores no adopten la decisión más favorable a la vida por razones justificadas, el legislador exige que el médico lo ponga en conocimiento del juez⁵⁹. Esta judicialización no sería necesaria entendiendo el deber de decidir en favor de la vida en el sentido, anteriormente indicado, de una vida en unas condiciones mínimas de dignidad. No obstante, es previsible que el profesional sanitario, para evitar la posterior exigencia de responsabilidades, acuda ante la duda a la autoridad judicial.

En cualquier caso, la decisión del juez deberá atender al interés superior del menor y solo será vinculante para el médico cuando le niegue la facultad de aplicar el tratamiento, puesto que la autorización habilita pero no obliga a actuar, dependiendo en última instancia la decisión del facultativo. Lo habitual será que cuando se resuelva favorablemente la solicitud de un médico para aplicar un tratamiento, este lo lleve a cabo. Sin embargo, es posible que, al igual que sucedió el caso resuelto por la STC 154/2002, pese a la autorización judicial no llegue a efectuarse⁶⁰. En tal caso, el médi-

⁵⁷ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil...*, cit., p. 200.

⁵⁸ Así lo establecen tanto el art. 9.6 LAP como el art. 17.10.º LOPJM. Este último declara que la negativa de los padres, tutores o guardadores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad de un menor constituye una situación de riesgo que exige la puesta en conocimiento de la autoridad judicial por parte de las autoridades sanitarias.

⁵⁹ Así, HORRA VERGARA, N. «La incidencia...», cit., p. 42: «Lo que sí exige el legislador es la judicialización de la toma de decisiones en aquellos casos en que el representante legal no haya consentido en beneficio de la vida y la salud del menor, pese a que la decisión adoptada haga prevalecer la dignidad de la persona frente a la conservación de la vida a toda costa».

⁶⁰ Aunque en la sentencia el TC no se analiza esta cuestión, es llamativo que, tras la violenta negativa del menor, los médicos no realizasen la transfusión «por no considerarlo en ese momento ético ni médicamente correcto». En opinión de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: «Implicaciones jurídicas del rechazo de un tratamiento médico vital para un menor», *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 2, febrero de 2003, los médicos incumplieron su obligación de preservar la vida del paciente y señala que no es comprensible por qué la objeción de conciencia de los médicos es merecedora de un reproche menor que las convicciones religiosas que alegaban los progenitores.

co deberá tener razones que justifiquen su cambio de criterio respecto a la necesidad de intervención.

VI. CONCLUSIONES

La regulación actual de los derechos de los pacientes menores ha supuesto una vuelta al paternalismo tradicional, en contra de la progresiva evolución en materia de derechos y autonomía del paciente que se venía observando. Supone una restricción injustificada de la autonomía privada puesto que se priva al menor maduro de la posibilidad de consentir o rechazar un tratamiento médico cuando se encuentra en una situación de grave riesgo sin tomar en consideración su efectiva capacidad.

Cuando un menor reúne las condiciones de madurez necesarias para decidir sobre un tratamiento al que puede ser sometido, impedirle hacerlo choca frontalmente con el principio de autonomía del paciente, es contrario al interés superior del menor en la medida en que se niega su autonomía para el ejercicio de derechos de la personalidad que progresivamente había ido adquiriendo y puede llegar a vulnerar sus derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la libertad religiosa.

Una regulación respetuosa con la autonomía del paciente debería permitir al menor competente consentir o rechazar una intervención médica, incluso cuando ésta fuese necesaria para prolongar su vida. El interés del menor exige que su capacidad sea valorada en el caso concreto por el profesional sanitario y, en su caso, por la autoridad judicial. Esta solución no es tan satisfactoria como la vigente en términos de seguridad jurídica, pero entiendo que es inevitable asumir un cierto grado de incertidumbre si se pretende respetar la autonomía del menor y no incurrir en paternalismos contrarios a su interés superior.

Si finalmente los padres, el médico o el juez deben decidir, como dispone el artículo 9.6 LAP, «en beneficio de la vida o la salud», habría que tener en cuenta el artículo 9.7 LAP, de forma que se respete siempre la dignidad del paciente. Por ello, las personas legitimadas para adoptar la decisión deberán valorar todas las circunstancias, evitando la automática identificación del beneficio del paciente menor con la preservación de su vida.

Llama especialmente la atención la vulneración del interés del menor al negarse su autonomía, ya que la Ley 26/2015 se aprueba junto con la LO 8/2015 que modifica el artículo 2 LOPJM precisamente para introducir los criterios determinantes del interés supe-

rior del menor. Para evitar que el interés del menor pueda verse doblemente vulnerado, debe interpretarse el art. 9.6 LAP en el sentido señalado, lo que además de ser conforme a la propia LAP, se deduce de una interpretación sistemática de las leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: «El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español», *InDret* 2/2009, pp. 1-27.
- BERROCAL LANZAROT, A. I.: «El consentimiento informado como derecho del paciente en la nueva ley 41/2002, de 14 de noviembre», *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos*, coord. J. C. Abellán Salort, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, pp. 39-137.
- DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», *Enrahonar* 40/41, 2008, pp. 123-140.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, T. I, 11.^a ed., Tecnos, Madrid, 2012.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- GRACIA, D.: *Fundamentos de bioética*, Eudema Universidad, Madrid, 1989.
- HORRA VERGARA, N.: «La incidencia de la Ley 26/2015 en la Ley 41/2002 sobre capacidad de los menores de edad en el ámbito sanitario», *Revista Adolescere*, vol. 4, n.º 1, 2016, pp. 35-43.
- HUALDE MANSO, T.: «Oposición a transfusiones e intervenciones médicas en situación de riesgo de los menores», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 10/2013, Cizur Menor, 2013, pp. 109-120.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital y voluntad del paciente*, Dykinson, Madrid, 2003.
- MOLERO MARTÍN-SALAS, M. P.: *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Estudios constitucionales, Madrid, 2014.
- OGANDO DÍAZ, B y GARCÍA PÉREZ, C.: «Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro», *Pediatría Integral*, Vol. XI, n.º 10, 2007, pp. 877-883.
- OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo», *InDret*, 3/2015, pp. 1-39.
- PARRA LUCÁN, M. A.: «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 2, 2003.
- RIVERA ÁLVAREZ J. M.: «Consentimiento informado del adolescente en situaciones de grave riesgo: ¿autonomía privada vs. interés superior del menor?», *Revista de Derecho Privado*, n.º 99, 2015, pp. 71-88.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Madrid, 2009.
- RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual y derecho a la propia muerte», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 89, 2010, pp. 11-43.

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: «Implicaciones jurídicas del rechazo de un tratamiento médico vital para un menor», *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 2, febrero de 2003, pp. 17-26.
- SANTOS MORÓN, M. J.: «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», *AFDUAM*, n.º 15, 2011, pp. 63-93.
- VALERO HEREDIA, A.: «Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, en el caso de los testigos de Jehová», *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 6, 2002, pp. 273-307.
- VILA-CORO, M. D.: *La bioética en la encrucijada. Sexualidad, aborto, eutanasia*, Dykinson, Madrid, 2003.