

## **LA (INADECUADA) LIMITACIÓN A LA AUTONOMÍA SANITARIA DEL MENOR INTRODUCIDA POR LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA<sup>1</sup>**

***Vicente Lomas Hernández***

*Doctor en Derecho*

*Licenciado en Ciencias Políticas*

*Jefe de Servicio de Coordinación Regional de Asesorías Jurídicas del SESCOAM*

*Fecha de publicación: 18 de septiembre de 2015*

La Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, ha modificado los apartados 3, 4 y 5 del art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, (LAP) y añadido a dicho precepto legal los nuevos apartados 6 y 7. La modificación de mayor calado se encuentra recogida en los apartados 4 y 6 del art. 9 por cuanto suponen un retroceso en la autonomía del paciente menor de edad y el correlativo avance del modelo paternalista.

La redacción original del art. 9.4 de la LAP establecía que cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación, incluso en casos de actuación de grave riesgo, en cuyo caso los padres únicamente serán informados y su opinión tenida en cuenta.

Por el contrario, la nueva redacción establece respecto de este colectivo -pacientes menores emancipados o mayores de 16 años no incapaces ni incapacitados que se encuentren por debajo del umbral de los 18 años- que cuando se trate 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.

Por tanto la nueva redacción del apartado 4 sustituye el consentimiento de los menores emancipados o mayores de 16 años por el consentimiento de los representantes legales,

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) otorgado al Grupo de investigación y centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: DER2014-5606-P.

alineándose este sentido con el restrictivo y cuestionado criterio sostenido por la Fiscalía General del Estado en la ya citada Circular del año 2012, en la que se decía:

*“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, incluso en aquellos casos en que hubiere expresado su voluntad en contra”.*

Un criterio que como digo cabría calificar como “restrictivo”, y que a mi modo de ver se compadece mal con la posición del Tribunal Constitucional (STC 154/2002, de 18 julio 2002), cuando afirmaba que *“al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando su derecho a la autodeterminación que tiene como sustrato corporal y que se traduce en el derecho fundamental a la integridad física”*, pero también con el criterio del legislador habida cuenta que la LO 8/2015, de julio, fija en doce años el umbral cronológico a partir del cual se considera que el menor de edad adquiere madurez. Asimismo resulta llamativo que la Circular de la FGE, claramente proclive a recortar la autonomía del paciente menor de edad, sin embargo establezca que en el caso en que el menor maduro preste su consentimiento a la intervención, y sean los representantes legales quienes se opongan, otorgue valor a la decisión de ese mismo paciente menor de edad y haga prevalecer su voluntad sobre la de sus padres/representantes legales.

Ahora el legislador ha optado por ir más allá y anular por completo la capacidad de decisión del paciente menor de edad ante este tipo de situaciones, desconociendo que, como ya dijera el Comité de Bioética del Consejo de Europa *“En el caso de menores, su opinión debe ser vista como un factor tanto más decisivo cuanto mayor sea su edad y su capacidad de discernimiento”*. Con la reforma aprobada todo el protagonismo recae sobre los representantes legales, salvo que éstos pongan en peligro con su decisión la vida del menor, en cuyo caso se pasa el testigo a los jueces. En definitiva todo parece apuntar hacia la entronización de la vida como valor absoluto, desconociendo que, desde luego, no siempre ésta representa el interés superior del menor de edad.

En efecto, este posicionamiento defensor a ultranza de la vida en detrimento de la dignidad y autonomía moral de la persona ha sido criticado por el Comité de Bioética de Cataluña en su documento *“Posicionament del Comité de Bioética de Catalunya sobre*

*la circular 1/2012 de la Fiscalía sobre menores de edad i decisions sanitaris de risc greu*<sup>2</sup>.

Insisto, no se trata de enarbolar indiscriminadamente la bandera del autonomismo exacerbado, si no de valorar las circunstancias de cada caso con el fin de facilitar, en la medida de lo posible, el ejercicio responsable de la autonomía por parte de aquellas personas que, al margen de cuál sea su edad, dan muestras más que suficientes de tener capacidad y madurez. De este modo el planteamiento en el momento actual de peticiones como la realizada en el año 2008 por la joven británica de 13 años Hanna Jones – enferma de leucemia desde los cinco años y aquejada de una patología cardíaca consecuencia del tratamiento suministrado, que precisaba un trasplante de corazón para seguir viviendo una vida que ella no tenía fuerzas para soportar- por parte de menores con más de 16 años se verán indefectiblemente abocadas al fracaso.

La película “**La decisión de Anne** (*My sister’s keeper*). 2009- dirigida por Nick Cassavete- permitiría ilustrar la necesidad de huir de este tipo de posiciones maximalistas y planteamientos heterónomos como los asumidos por el legislador, y en su lugar, valorar la competencia del paciente, la racionalidad de su decisión y adentrarnos en la verdadera motivación que la sustenta. La película narra el sufrimiento de una joven enferma también de leucemia que se resiste a una vida que únicamente es fuente de padecimientos tanto para ella como para el resto de su familia, y en particular para su hermana, concebida con la intención de que sus tejidos pudieran servir para curarla. El profesor Ricardo García Manrique, en un artículo publicado en la Revista de Bioética y Derecho de mayo de 2013, describe desde un punto de vista bioético los graves conflictos que se plantean en el film: el dilema al que se enfrenta la hija más pequeña, que finalmente decide solicitar la declaración judicial de “independencia médica” que le permita negarse, frente a sus padres, a seguir sometándose a un rosario de intervenciones absolutamente necesarias para la vida de su hermana enferma; el sufrimiento de los padres, y sobre todo, la tremenda madurez de la hija enferma, plenamente consciente de la terrible situación en la que todos se encuentran inmersos. Una vez iniciado el proceso judicial por la menor de las hijas, se descubre que, en realidad, es la propia enferma la que cansada ya de luchar por aplazar un final cada vez más próximo, de ver sufrir a su familia, y de hipotecar la salud de su hermana, le pide a ésta que se niegue a seguir colaborando, y que, para ello, reclame judicialmente su independencia médica.

Todo un alarde de responsabilidad y madurez por parte de...un paciente menor de edad.

---

<sup>2</sup> Véase en el siguiente enlace la página 32 del Boletín de Derecho Sanitario y Bioética del Sescam nº 101/2013 <[http://sescam.castillalamancha.es/sites/sescam.castillalamancha.es/files/documentos/pdf/2013\\_1011/fich\\_descarga\\_boletin\\_junio\\_2013.pdf](http://sescam.castillalamancha.es/sites/sescam.castillalamancha.es/files/documentos/pdf/2013_1011/fich_descarga_boletin_junio_2013.pdf)>.