LA (ADECUADA) LIMITACIÓN DE 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[1]

Mª Carmen González Carrasco
Profesora acreditada a Cátedra de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 17 de septiembre de 2015

La modificación operada por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, en el art. 9 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, ha atajado dos de los problemas fundamentales de la norma en su anterior redacción: a) la rigidez de la concepción objetiva gradual de la capacidad por edades y b) la autonomía del menor mayor de dieciséis años en los casos de actuaciones médicas de consecuencias irreversibles.

a) La ley reconoce expresamente algo que antes no preveía (aunque tampoco negaba, con la consiguiente incoherencia interna del artículo y las divergencias e inseguridad jurídica en su interpretación): que, **con independencia de la gravedad o alcance de la intervención, el menor de dieciséis años puede ser tan inmaduro como uno de doce, trece o quince para valorar el alcance de la intervención**, a juicio del facultativo [nuevo núm. 4 en relación a la letra c) del núm. 3) del art. 9 de la Ley 41/2002]. Con anterioridad a la reforma, la edad de 16 años parecía impedir la representación del menor de edad "en todo caso", salvo casos de incapacidad legalmente declarada y sin perjuicio de la necesidad de informar a los padres y "tener en cuenta" su opinión en casos de grave riesgo. Ahora, la remisión que el número 4 del art. 9 realiza a letra c) del apartado anterior, aclara *a sensu contrario* que los padres han de otorgar consentimiento por representación de sus hijo menor de edad, aunque sea mayor de dieciséis años y aunque no se trate de una actuación de grave riesgo para la salud o la vida del menor, si éste se encuentra en el supuesto del apartado c) del núm. 3 del art. 9, esto es: si a juicio

[1] 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.

del facultativo, el menor de edad (ahora, de cualquier edad) *no es capaz emocional ni intelectualmente de comprender el alcance de la intervención*.

Es positivo que junto a la postura gradualista se recoja esta cláusula general que prevea la posible existencia de menores que, por su madurez, no responden a los criterios de mayoría de edad sanitaria que establece la propia Ley. Como ya hizo el artículo 5 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, se atiende ahora a un doble criterio: el de la edad y el de la madurez. La ley también era incongruente con el texto legal que le sirvió de base, el Convenio de Oviedo, que recoge un doble criterio objetivo y subjetivo. Además, la mera graduación por edades no responde siquiera a la capacidad volitiva y cognitiva del menor. Un menor de dieciséis años es un adolescente. Y el término adolescente proviene del término "*adolecere*". ¿De qué adolece un menor? La neurociencia nos demuestra que, en los adolescentes, el lóbulo frontal no ha culminado su desarrollo, lo que los diferencia de un adulto (¡y cuánto!) en su proceso cognitivo de planificación, formulación de estrategias y decisiones con consecuencias a largo plazo.

b) Centrándonos en el aspecto más polémico, esto es, la **necesidad de consentimiento de los padres por representación del menor en las "actuaciones de grave riesgo para la salud o la vida**", la norma reproduce ahora el criterio que recoge la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado que viene a abordar el problema del rechazo a los tratamientos médicos por parte de los menores y, específicamente, el rechazo a las transfusiones de sangre. La autonomía del paciente de dieciséis años se valora ahora atendiendo a una "escala móvil" por la que se reconoce que la competencia del paciente varía no sólo en función de sus aptitudes mentales, sino también en función de la gravedad de las consecuencias de la decisión que se adopte. Cuanto más graves, peligrosas o irreversibles son las consecuencias de la decisión para la salud del paciente, son más exigentes los criterios de capacidad exigidos.

Con la redacción anterior de la norma, en casos de grave riesgo, los padres serían informados, y su opinión sería "tenida en cuenta", sin que la norma aclarase el grado de vinculación de la actuación médica con dicha opinión, que no era en modo alguno un consentimiento por representación del mayor de dieciséis años, vedado por la propia norma. En definitiva, en caso de discrepancia entre el menor mayor de dieciséis años y sus padres, dirimía la cuestión el criterio del facultativo, volviendo al paternalismo médico que la Ley 41/2002 quiso erradicar. La reforma es respetuosa con la idea de que la patria potestad (o, mejor, la "función parental" tras la reforma operada en el CC y otras normas por la propia Ley 26/2015) integra no sólo deberes, sino también el derecho a dotar de contenido a la beneficencia del niño, que ni el médico ni el Estado tienen capacidad para definir (cfr. caso D. Glass *vrs*. UK resuelto por el TEDH en 1998

con condena al servicio británico de salud: "*El consentimiento a la limitación del esfuerzo terapéutico corresponde a los padres tras un adecuado consentimiento informado, por mucho que así lo aconseje el informe del CEA, por lo que el equipo médico deberá acudir a las vía judicial si considera que la falta de consentimiento perjudica gravemente el interés del menor"*). La norma queda ahora más contextualizada en nuestra cultura y en la forma en que nuestra sociedad, la del aquí y el ahora, se relaciona con sus menores. Aplicar el consentimiento informado de los menores ignorando la singularidad de la concepción de la familia en nuestra sociedad, supone introducir elementos de conflicto entre la familia y el médico, elementos, en definitiva, de medicina defensiva frente a la familia (extensamente: DE MONTALVO, El menor de edad como paciente, en GASCÓN ABELLÁN, GONZÁLEZ CARRASCO, CANTERO MARTÍNEZ, Derecho sanitario y Bioética, cuestiones actuales; Tirant Lo Blanch, 2011).

Con todo, la ley no prima en todo caso la voluntad de los padres. Si la decisión parental es contraria a la preservación de la salud o de la vida, a juicio del facultativo, éste debe ponerlo en conocimiento del Juez; y en caso de urgencia, el facultativo debe actuar *necesariamente* conforme a esos valores con independencia de la opinión de los menores, la de sus padres y la suya propia, aun cuando éstas sean coincidentes.

Los principios adoptados en la modificación se adecuan mejor a los antecedentes de la norma (en especial, al Convenio de Oviedo) y a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la vida y la autonomía del menor. Porque, en otro orden de cosas, no es exacto afirmar que el TC dijese otra cosa en su STC 154/2002. Esta archicitada sentencia es tristemente famosa por haber resuelto el recurso de amparo interpuesto por unos padres condenados por homicidio involuntario al no suscribir el consentimiento para practicar una transfusión sanguínea de carácter vital a su hijo de trece años, un Testigo de Jehová tan convencido como ellos. Sus fundamentos de Derecho se sacaron de contexto hasta hacer del art. 9 de la Ley 41/2002 el farragoso galimatías que sigue siendo incluso después de esta modificación. Pero lo cierto es que los razonamientos absolutorios en materia penal son difícilmente trasladables a otros ámbitos del Derecho. En dicha ocasión, los padres no se negaron a la intervención férreamente rechazada por el hijo; a lo que se negaron fue a ser *ellos* los que firmaran el consentimiento para obligarlo. Precisamente, solicitaron del poder público lo que ahora les garantiza la reforma de la ley: que un tercero encargado de velar por el interés superior del menor (el Juez) adoptase por ellos una decisión acorde al interés superior del menor. Por ello, los padres fueron absueltos y los Poderes Públicos intervinientes en el laberinto que condujo al menor a la muerte, amargamente reprendidos por el Tribunal. Mucho más significativa que todas las alusiones de apoyo argumental basadas en la madurez y convencimiento religioso demostrada por el menor es la frase del FJ 2º: "*El*

reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos no es suficiente para reconocer la eficacia jurídica de un acto como el ahora contemplado que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene como notas esenciales la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable (STC 154/2002,de 18 de julio; F. J. 10º)". La reforma opta por esta vía, en consonancia con la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012. Y de forma coherente con la necesidad de poner límites a la autonomía del menor cuando ello sea necesario para garantizar el interés superior de la vida (que es presupuesto del resto de sus derechos), la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (art.1.2) hace primar ahora "en todo caso" el interés superior del menor sobre la interpretación restrictiva de las limitaciones a su capacidad que antes enunciaba como criterio general de pretendido carácter absoluto (nuevo art. 2 LO 1/1996).

Tampoco considero acertado mezclar los temas sobre el derecho del menor a una muerte digna y consentimiento por representación. En primer lugar, porque la ley no está pensando en ese supuesto, lo que se pone de manifiesto sólo con reparar en que habla de riesgo. Un riesgo se corre cuando se persigue algo distinto de su materialización, no cuando el resultado de su materialización es directamente buscado. Téngase en cuenta, además, que si la nueva norma estuviera pensando en este supuesto, partiría de la situación en que un menor con capacidad adecuada a su edad podía pedir antes de la reforma una actuación sanitaria tendente a terminar con su vida. Pero como dicha hipótesis es, de momento, sencillamente ilegal, sólo podemos plantearnos un problema de negativa a tratamientos (resuelto por los anteriores criterios) o de consentimiento a tratamientos paliativos que aceleren el proceso de la muerte en situación de enfermedad terminal. En estos casos, el valor de la vida y de la salud no se plantean como alternativas opuestas a su decisión. Y ante una improbable negativa de los padres a la misma, el médico puede solicitar la autorización judicial que le permita evitar sufrimientos a una vida con fecha de caducidad inminente. Fuera de este supuesto, la ley 41/2002 ya descartaba implícitamente la posibilidad de que todo menor pueda adoptar por sí solo decisiones irreversibles sobre su vida o su salud, puesto que su art. 11 excluye la capacidad del menor mayor de dieciséis años para otorgar documentos de voluntades anticipadas.