



AUTONOMÍA SANITARIA DEL MENOR Y RESPONSABILIDAD MÉDICA

Pablo González Mirasol

Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla - La Mancha

Sumario

1. La patria potestad. 2. La patria potestad y la defensa de la salud de los hijos. 3. La creciente autonomía del menor. 4. El consentimiento informado. 5. La heteronomía sanitaria del menor. 6. La colisión de intereses paterno-filiales en el ámbito sanitario. 7. La autonomía sanitaria del menor. 8. La responsabilidad médica. 9. Conclusiones.

1. La Patria potestad

La potestad es un poder directo sobre una persona, constituye, –señala LACRUZ BERDEJO- el lado activo de toda relación familiar o cuasifamiliar de subordinación y recae sobre una conducta, no sólo actual, sino también habitual, que se trata de conseguir del sujeto pasivo de la relación, del cual no puede decirse que es un deudor del titular, sino que está sometido al mismo. Ahora bien, la potestad no exige una capacidad de respuesta al sometido porque puede recaer en personas, como los niños, que no tengan capacidad para entender y querer y, por lo tanto, para obedecer. Por lo tanto, la potestad genera una relación caracterizada por la subordinación de una persona, el sometido a la potestad, a otra, el titular de la misma, y por la *función* que debe realizar éste en beneficio de aquél, puesto que tal poder no se confiere para ejercerlo en provecho propio del subordinante sino para cuidar y atender al sometido, ya que éste no tiene ningún deber de satisfacer el interés del titular.

Dice ALÁEZ CORRAL¹ que hasta bien entrado el siglo XX los menores no han sido contemplados jurídicamente como sujetos de derechos subjetivos. El menor era tratado como un individuo disminuido y no como un ser que está en desarrollo durante toda su vida, aunque durante la minoría de edad éste sea cualitativa y cuantitativamente más intenso. El menor de edad era fundamentalmente un objeto de la protección de los padres o del Estado y no un auténtico sujeto de derechos subjetivos, porque la minoría de edad era considerada como un *status* del individuo, semejante al género o al estado civil, durante el cual primaba el aspecto de imperfección de la personalidad. Los derechos legales del menor aparecen como auténticos derechos reflejos del interés paterno o social en dicha protección y no del interés del propio menor en desarrollar su autonomía.

En las sociedades griega y romana era un mero objeto de la propiedad estatal o paterna,² caracterizado por un estado de imperfección del que sólo se salía con el transcurso del tiempo.

¹ ALÁEZ CORRAL B: “Minoría de edad y Derechos fundamentales”, Tecnos, 2003, página 31

² “Según Licurgo (900 a. de C), en Esparta, sociedad polarizada hacia la guerra, aquellos niños que nacían con defectos físicos o psíquicos, y por tanto previsiblemente malos guerreros, eran abandonados o arrojados por el macizo montañoso de Taigeto

La patria potestad era concebida como un auténtico poder jurídico sobre un individuo de dignidad inferior y no como una mera función tuitiva al servicio del desarrollo de la personalidad.

Lejana la configuración romana de la patria potestad como poder absoluto del padre sobre los hijos, la moderna concepción jurídica de la patria potestad se ajusta plenamente a esa pequeña “revolución familiar” que –dice RIVERO HERNÁNDEZ³– ha experimentado la sociedad española en las últimas dos décadas, debida, entre otros factores, a la aprobación de la Constitución de 1978. El modelo jerárquico de la familia, en el que la fuerte autoridad del padre anulaba en gran medida la personalidad de los sometidos, en particular de los hijos, ha quebrado. El autoritarismo paterno ha dejado paso a la igualdad de los cónyuges y a la cotitularidad de la patria potestad. Ahora es la diarquía conyugal la que dirige la vida familiar.

De esta forma, ha cambiado la posición del menor en la propia familia como en la sociedad, cuyo papel participativo en su propia maduración y formación y en las decisiones y opciones vitales es reconocido hoy por psicólogos, sociólogos y juristas. Dice BUCCIANTE que “el menor ha salido de la crisálida en que antes era custodiado, y está ya colocado en situación de adquirir las primeras reacciones, de identificar más rápidamente su propio status, de encaminarse a una formación más rápida y más consolidada para afrontar los problemas de la mayoría de edad”.

El artículo 39. 3 de la Constitución española ⁴ pone de relieve, ⁵ el aspecto de función que tiene la paternidad y la maternidad, en las cuales la asistencia de todo orden supone la imposición de una rigurosa responsabilidad a los padres por el hecho cierto de la procreación.

También la jurisprudencia ha resaltado el significado funcional y el carácter tuitivo de la patria potestad. Lo hacía, como recuerda CASTILLO MARTÍNEZ, incluso antes de la reforma del Derecho de Familia operada en 1981. Así, ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1975 (Sala 1ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás Ogayar Ayllón), manifestaba lo siguiente: “... la patria potestad tiene hoy un indudable carácter de función tutelar, como establecida en beneficio de los hijos, según declaran, entre otras, las sentencias de 3 de marzo de 1950, 23 de junio de 1965, 18 de febrero de 1969 y 5 de octubre de 1973”.

A partir de entonces, esta configuración de la patria potestad es continuamente ratificada por una pacífica doctrina jurisprudencial.

En Roma, los derechos de un padre de familia sobre sus hijos eran ilimitados. El recién nacido era dejado a sus pies. Si deseaba reconocerlo, se detenía y lo tomaba en sus brazos; si se alejaba, el niño era llevado fuera del hogar y expuesto en la calle. Si no moría de hambre o de frío, pertenecía a cualquiera que deseara hacerse cargo de él y convertirlo en esclavo”. A. MARTÍNEZ ROIG y J. DE PAÚL OCHOTORENA: “Maltrato y abandono en la infancia” , Biblioteca de Psicología, Psiquiatría y Salud, páginas 12 y 13.

³ RIVERO HERNÁNDEZ F: “El interés del menor”, Dykinson, 2000, página 34.

⁴ Artículo 39 de la Constitución española:

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

⁵ Así opinan LACRUZ BERDEJO y otros. “Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia”. Dykinson, 2002, página 15.

Así, la Sala Civil del Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de octubre de 1991 (recurso número 2123 / 1989) decía:

El derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular -como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos- sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que su adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales -en este caso de interés familiar- que le hacen especialmentepreciado para el ordenamiento jurídico. Corolario forzoso de ello es el carácter de irrenunciable que ostentan los derechos -como consecuencia de la forzosidad de su ejercicio por parte de su legítimo titular- que impide al mismo abandonar las finalidades que su cumplimiento persigue, así como su imprescriptibilidad, hasta el punto de que su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva del mismo, subsistiendo la posibilidad de su ejercicio, a no ser que, por alguna razón legal, y previa resolución judicial, se haya producido su extinción. Esta parece ser la concepción sustentada por el Código Civil español que en el artículo 153 contempla de manera especial los intereses trascendentes que subyacen en la patria potestad -al decir que se ejercerá siempre un beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad- y resalta el carácter de derecho-función de la misma, proclamando que comprende derechos y deberes que se enumeran en el indicado precepto”.

En la misma línea, la sentencia de la misma Sala de 12 de febrero de 1992, afirmaba en su tercer fundamento jurídico:

“La regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales prevenidas para los supuestos de separación, nulidad y divorcio, así como en la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala, siendo de destacar al respecto la S. 9-3-1989 (R.J. 1989/2030), en la que se expresa que es “una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, la que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad”, pronunciándose en análogo sentido la de 5-10-1987 (R.J 1897/6716)”.

Finalmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 24 de abril de 2000 se dice lo siguiente:

“La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden”.

El derecho-función de los padres a la crianza del hijo escapa al control del Estado salvo en el supuesto de abuso evidente. Con esta salvedad, la Constitución garantiza la autonomía familiar y limita a los eventos más urgentes la intervención estatal en las relaciones paterno filiales y en el ejercicio de las funciones parentales.

Los preceptos constitucionales constituyen –manifiesta RIVERO HERNÁNDEZ-⁶ el eje impulsor del cambio jurídico. Además de los postulados recogidos en los mencionados apartados 3 y 4 del artículo 39 del texto constitucional, puede citarse el principio del libre desarrollo de la personalidad que, juntamente con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el respeto a la ley y a los derechos de los demás, fundamenta

⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F, ob. cit. ., páginas 36 y ss.

el orden político y la paz social. Tales principios, reconocidos en el artículo 10 de la Constitución, son el quicio de todo nuestro sistema jurídico, constituyen un *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los derechos fundamentales y son considerados punto de arranque dentro del sistema constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 53 / 1985).⁷

Desde esta perspectiva constitucional, según el referido autor, el interés del menor y su protección jurídica no se presentan ya como una discriminación positiva ni suponen un trato de favor compensatorio de un previo e injusto desequilibrio contrario a él, sino como una garantía de su status de persona y de sus bienes y derechos fundamentales que, por su mera calidad de persona, le corresponden, si bien adecuados todos ellos a su situación de menor edad: hay que tratarle justamente, adecuando a su persona (menor de edad) los derechos y normas que como persona, no más, le corresponden.

En el plano de la legalidad ordinaria, la apuntada evolución y los principios constitucionales han provocado las sucesivas reformas , protagonizando el legislador un giro copernicano en la regulación de la patria potestad en el Código Civil posconstitucional, ya que sus normas reguladoras limitan la autoridad de los padres y modalizan su ejercicio (los padres han de ejercerla siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad). Esta tendencia legislativa también existe en otros ordenamientos. Así, en el Derecho alemán, tras la reforma de 1998 el parágrafo 1626. 1. del BGB habla de “obligación y derecho” de los padres frente a la anterior expresión “derecho y obligación” y la inglesa Children Act 1989 habla de *parental responsibility*.

Siguiendo la directriz emanada de los distintos Tratados internacionales, entre los que destaca especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, el legislador español ha consolidado esta tendencia normativa con la aprobación de la Ley Orgánica 1 / 1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuyo Preámbulo se menciona el origen de esta nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.⁸

De esta manera, tal y como señala LINACERO DE LA FUENTE ⁹ , las últimas reformas del Derecho de familia ¹⁰ tienden a reconocer un mayor protagonismo al menor en el ejercicio de sus derechos.

⁷ En el primer fundamento jurídico de esta sentencia, se afirma que el derecho a la vida “*es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes*”. La relevancia y significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”.

⁸ También se afirma en la Exposición de motivos que “*el ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás*”.

⁹ LINACERO DE LA FUENTE, M.: “Protección Jurídica del Menor”, Montecorvo, 2001, página 69

¹⁰ Integrada por la siguiente tétada legislativa: Ley 11 / 1981, de 13 de mayo, de Modificación del Código Civil en Materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio (BOE número 119, de 19 de mayo); Ley 13 / 1983, de 24 de octubre, de Modificación del Código Civil en Materia de Tutela (BOE número 256, de 26 de octubre); Ley 21 / 1987, de 11 de noviembre, de

Para esta autora, parece lógico que como regla general se considere al menor capaz de obrar, o si se quiere, con una capacidad de obrar potencial, que ,como indica LETE DEL RÍO, paulatinamente va desarrollando y adquiriendo de acuerdo con la edad.

Todo niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, pero el enfoque legislativo actual, tal y como se constata en el exordio de la citada Ley Orgánica 1 / 1996, subraya que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos.

Superada, por lo tanto, como afirma ALÁEZ CORRAL¹¹, la consideración de la minoría de edad como un status natural en el que el menor ha de ser objeto de protección, consideración que fue una constante en nuestro ordenamiento hasta la entrada en vigor de la CE de 1978, la situación jurídica del menor de edad ha experimentado un largo proceso evolutivo encaminado fundamentalmente a variar la naturaleza jurídica de las instituciones jurídicas bajo las que se encuentra, tales como la patria potestad o la tutela y convertirlas en instituciones sirvientes de las necesidades de protección del menor. Según el precitado autor, la consideración del menor como un bien objeto de protección ha dado paso a un sistema mixto de protección: heteroprotección y autoprotección, desarrolladas ambas durante la minoría de edad.

Podemos decir, por lo tanto, que el moderno Derecho de Familia constituye la patria potestad como una función, la construye con deberes, la atribuye a los padres y la diluye reconociendo una progresiva autonomía a los hijos.

2. La Patria Potestad y la defensa de la salud de los hijos.

El artículo 154 del Código Civil establece, en su primer párrafo, que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre y, en su segundo párrafo, prevé que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad.

La patria potestad es una función dual, ya que el artículo 156 del Código Civil prevé que la misma se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Los casos de discrepancia son resueltos, previa audiencia de los progenitores y del hijo si tuviera suficiente juicio y en todo caso si es mayor de doce años, por el juez.

Esta patria potestad dual – dice LACRUZ BERDEJO- “se presenta como un intento de equilibrio entre la rigidez e incomodidad de la patria potestad conjunta y la discriminación que supone la patria potestad subsidiaria de la madre, hasta ahora vigente. Puede describirse como titularidad conjunta y ejercicio solidario: artículos 154 y 156, respectivamente.¹²

La patria potestad comprende los deberes de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral y las facultades de representarlos y administrar sus bienes, recabar el auxilio de la autoridad y corregirlos razonable y moderadamente.

Modificación del Código Civil en Materia de Adopción y Otras Formas de Protección de Menores (BOE número 275, de 17 de noviembre) y, finalmente, la Ley Orgánica 1 / 1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE número 15, de 17 de enero).

¹¹ ALÁEZ CORRAL B., ob. cit, pág. 41.

¹² LACRUZ BERDEJO J. L y otros, ob. cit., pág. 412.

Dentro de ese haz de deberes, el deber de vela comprende, según BARTOLOMÉ VARGAS CABRERA, la vigilancia de los actos del hijo para evitar situaciones de peligro físico y moral, y en todo caso, requiere una actitud de interés, preocupación y atención por la persona de aquél, sus comportamientos y sus procesos formativos. En igual sentido se pronuncia MARÍA BALLESTEROS DE LOS RÍOS.

Sin embargo, otro sector de la doctrina opina que el deber de vela no es un deber independiente, como lo son los otros relacionados en el citado artículo, sino más bien, a modo de deber-matriz, de muy difícil exigibilidad, se concibe como la medida y hasta la actitud que debe informar el cumplimiento de los restantes deberes enumerados en el apartado 1.º del artículo 154. Así lo sostienen CASTILLO MARTÍNEZ y LACRUZ BERDEJO. En parecidos términos, ALBÁCAR LÓPEZ y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, señalan que los deberes de carácter personal son los descritos en el número 1.º del segundo párrafo y se encuentran todos ellos agrupados bajo el verbo intransitivo *velar*, que supone o conlleva figuradamente un cuidar o atender, en estos casos al hijo o hijos, lo que pone de relieve una vez más la función tuitiva que la patria potestad lleva implícita. La doctrina – siguen diciendo-, con ocasión de comentar esta función, estima que su ejercicio supone el deber, por parte de los padres, de cuidar tanto de la salud como de la seguridad personal de los hijos.

El específico deber de alimentación, según VARGAS CABRERA, consiste en procurar a los hijos habitación y la asistencia sanitaria, higiénica, alimenticia y material que necesitan para su desenvolvimiento. Para BALLESTEROS DE LOS RÍOS este deber tiene una doble dimensión: de cobertura económica, por un lado, que implica que los padres han de sufragar todos los gastos producidos por sus hijos no emancipados, y de asistencia directa por otro lado, extendiéndose así al sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Aunque falta en nuestro ordenamiento jurídico algún precepto que así lo declare expresamente, opinamos que resulta obvio que el deber de vela, como deber genérico de cuidado del hijo, impuesto a los padres por el artículo 154 del Código Civil, engloba el específico deber de cuidar de su salud¹³ y de no utilizar la salud de los pequeños en beneficio o interés propio, como desgraciadamente ocurre en cualquier parte del mundo.¹⁴

A la vista de lo anterior puede concluirse que, como regla general, el cumplimiento del deber de cuidar de la salud del hijo y de garantizar su asistencia médica exige un ejercicio conjunto de la patria potestad reflejado en la codecisión y en la cogestión paternal. Basamos tal conclusión en los apoyos legislativos que encontramos tanto en el Derecho internacional, como en el Derecho interno.

Así, por ejemplo, la Resolución número C 148 / 37, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Niños Hospitalizados, de 16 de junio de 1986¹⁵, o en las Recomendaciones

¹³ Como así hace, por ejemplo, la mexicana Ley General de Salud de 31 de mayo de 2000 en su artículo 63: “*La protección de la salud física y mental de los menores es una responsabilidad que comparten los padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad sobre ellos, el Estado, y la sociedad en general*”.

¹⁴ Así, por ejemplo, YANIRA ALEMÁN, al comentar en su trabajo “El sabotaje de relaciones paterno filiales como conducta delictiva: Apuntes y reflexiones en torno al Proyecto del Senado 1307”, el proyecto de reforma del Código Penal de Puerto Rico, en 1999, sobre la tipificación delictiva del impedimento u obstaculización por el progenitor custodio de los hijos del ejercicio por el otro padre del derecho de relación, considera que un padre impide a otro tal ejercicio cuando miente sobre la salud física del menor para convencer al no custodio de que no puede contactar o estar con su hijo.

¹⁵ Cuando el Parlamento Europeo pide que la citada carta proclame el derecho del niño a estar acompañado de sus *padres* el máximo tiempo posible, durante su permanencia en el hospital; el derecho del niño a negarse *por boca de sus padres* como sujetos de investigación; o el derecho de los *padres* a recibir todas las informaciones relativas a la enfermedad y al bienestar del niño, siempre y cuando el derecho fundamental de éste al respeto de su intimidad no se vea afectado por ello (punto A. 4., apartados c, f y g).

dirigidas a los padres por la Comisión Hospitalaria de la CEE respecto al tratamiento considerado de los niños hospitalizados.¹⁶

En el Derecho interno, podemos citar, entre otros preceptos legales, el artículo 9. 3 de la Ley 41 / 2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, que prevé la prestación del consentimiento del menor de edad por su representante legal,¹⁷ o el artículo 7. 3. a) del Real Decreto 223 / 2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, donde, más claramente, se dispone que si el sujeto del ensayo es un menor de edad se obtendrá el consentimiento informado previo de *los padres*.

Para los casos de urgente necesidad y desacuerdo de los progenitores, existen diversos criterios, entre los que el Derecho comparado maneja el de la prevalencia del criterio del progenitor que cuente con el apoyo médico tal y como indica LACRUZ BERDEJO.¹⁸

Ya hemos dicho que el derecho-función de los padres a la crianza del hijo escapa al control del Estado salvo en el supuesto de abuso evidente.

El incumplimiento del deber de que tienen los padres de cuidar de sus hijos y, por lo tanto, de garantizar que reciban la prestación de la asistencia que sea necesaria, determina la aparición de la oportuna responsabilidad que puede ser exigida desde distintos ámbitos del ordenamiento según la mayor o menor gravedad del comportamiento, activo o pasivo, de los padres, y, por lo tanto de su correspondiente calificación como infracción penal o ilícito civil.

Los padres tienen la obligación de garantizar la indemnidad a sus hijos. Dentro del ámbito del Derecho Penal, esta obligación de impedir toda acción causante de un resultado dañino para ellos, los sitúa en la posición de garante formulada por NAGLER para justificar la imputación a los padres de ese resultado en los delitos de comisión por omisión. Recordando tal tesis, QUINTERO OLIVARES nos explica que “en estos delitos lo que realmente caracterizaba al autor era precisamente que él era, frente al Derecho y frente a la sociedad, el garantizador *de que aquel resultado no se produjera*. La enfermera, por ejemplo garantiza que el enfermo recibirá la medicación; el encargado de la custodia de un niño garantiza que éste no sufrirá ningún daño, etc. Esas personas eran las que especialmente debían actuar con más motivo que los demás en orden a la evitación del resultado, y esa situación de especial deber era la que fundamentaba la imputación del resultado como si hubiera sido positivamente provocado, sin perjuicio de la necesaria concurrencia del dolo”.¹⁹

¹⁶ En las Recomendaciones de Winchester, de julio de 1987, se aconseja a los *padres* buscar un hospital adecuado, no demasiado alejado de su domicilio (1. 1); contactar con el personal médico del hospital antes de que el niño sea ingresado (1. 2); o acompañar al niño a la admisión y, al menos, durante el primer día, quedarse con él hasta que se duerma por la noche.

¹⁷ Aunque este artículo emplea el término *representante*, en singular, de modo que podría pensarse que la facultad de decisión en materia de salud de los hijos puede ser ejercida en cada caso concreto por uno solo de los padres, que en tal supuesto actuaría como “representante” del hijo, estimamos que se trata del empleo de una expresión retórica, ya que la representación legal de los padres es siempre binaria (ambos representan al hijo): en primer lugar, porque tal carácter es consecuencia de la doble titularidad de la patria potestad y de su configuración como función dual y, en segundo lugar, porque así está diseñada en el artículo 162, primer párrafo, del Código Civil: “*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados*”. En el mismo sentido, el artículo 155. 1 de la ley 9 / 1998, de 15 de julio, del Código de Familia, de Cataluña: “*El padre y la madre titulares de la potestad sobre los hijos menores no emancipados son los representantes legales de estos*”

¹⁸ LACRUZ BERDEJO J. L., ob. cit, pág. 414.

¹⁹ QUINTERO OLIVARES G.: “Manuel de Derecho Penal”, Aranzadi, 2000, página 375..

Esta obligación de garantía nace – señala CONDE PUMPIDO FERREIRO²⁰ – de la vinculación natural que nace de la relación familiar o jurídica análoga en cuanto tienen un *deber jurídico de velar* por ellos (artículo 154. 1.º del Código Civil). Sin embargo, para otros autores, OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA, más que el vínculo familiar, lo decisivo para fundar la posición de garantes de los padres es el dato más sociológico que naturalístico de la dependencia de los menores (o incapaces) frente a los adultos y que son los padres (o tutores) los que de ordinario están más cerca de ellos, formando una comunidad de vida.

Así, RODRÍGUEZ DEVESA afirma que *es un hecho histórico incontestable que siempre se ha considerado como matar la acción de la madre que deja morir de inanición a su hijo.*²¹

Sobre la responsabilidad penal de los padres en la comisión por omisión, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su sentencia número 998 / 1995, de 6 de octubre (recurso 3133 / 1994), afirma:

*“Como dice la Sentencia de 31 octubre 1991 (RJ 1991\ 7473), en supuesto parecido al ahora enjuiciado, la fuente de esa esperada intervención, deber jurídico de actuación del garante, o deber jurídico de obrar, puede nacer de la ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente. Los deberes de protección y cuidado que la madre tiene respecto de su hija derivan aquí no sólo de la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, deber moral, sino también de las exigencias legales que la normativa establece, deber legal ínsito en el artículo 154, que impone a la madre velar por la niña e incluso recabar el auxilio de la Autoridad en su caso para dicho cumplimiento (ver la Sentencia de 28 enero 1994 [RJ 1994\ 125])”.*²²

También en su sentencia número 950 / 1997, de 27 de junio (recurso número 3248 / 1996), la Sala Segunda del Tribunal Supremo recuerda que no plantea cuestión que los padres tienen respecto a sus hijos menores la específica obligación legal a la que se refiere el citado apartado a) del artículo 11 del Código Penal, por venir así exigido por el ordenamiento jurídico; que el artículo 39.1 de la Constitución consagra el deber que tienen los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y que el artículo 110 del Código Civil dispone que los padres están obligados a velar por los hijos menores, incluso aunque no ostenten la patria potestad.²³

²⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO C.: “Derecho Penal. Parte General”, Colex, 1990, páginas 462 y 463.

²¹ RODRÍGUEZ DEVESA J. M.: “Derecho Penal Español”, Dykinson, 1990, página 386

²² La sentencia contempla un caso en el que el procesado golpeó repetidamente y en diversas partes del cuerpo a su hija de unos nueve meses de edad, lo que llegó a originar un estado de coma por infarto cerebral, con obstrucción por compresión traumática de las dos carótidas y con gravísimas secuelas. La desgraciada niña llegó a presentar una «paralización del lado izquierdo del cuerpo así como mirada fija con movilidad de los ojos tan sólo hacia el lado derecho y al frente», y condenó a ambos padres como autores de un delito de parricidio frustrado.

La condena de la madre se basa en la comisión por omisión del parricidio en grado de frustración: En el relato fáctico se indica que la madre «con pleno conocimiento del carácter de su compañero y de la forma en que trataba a la niña, no hacía nada efectivo para evitarlo». Ello revela que la recurrente, durante los hechos acaecidos, pudo y debió evitar causalmente las agresiones. Muchas maneras a su alcance había para lograrlo. Al no haber sido así, la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación de las lesiones.

²³ Esta sentencia se refiere a los siguientes hechos:

“Son totalmente opuestas las lecturas que el Ministerio Fiscal y la defensa hacen del contenido del relato de hechos que se declaran probados. Y a ello puede haber contribuido los distintos momentos en los Estos distintos tiempos, cuya narración es de especial importancia, se produjeron de la siguiente manera:

Se declara como cierto que el día 8 de septiembre de 1994 los médicos detectaron que el menor se encontraba en una situación de alto riesgo hemorrágico prescribiendo para neutralizarla una transfusión de seis centímetroscúbicos de plaquetas, manifestando entonces los padres del menor que su religión no permitía la aceptación de una transfusión de sangre y que en consecuencia se oponían a la misma, siendo informados por los médicos de que no conocían ningún otro tratamiento, solicitando los padres el alta de su hijo para ser llevado a otro centro donde se le pudiera aplicar un tratamiento alternativo.

Se declara como cierto que a las cinco horas del día 9 de septiembre el Juzgado de Guardia autoriza la práctica de la transfusión para el caso de que fuera imprescindible para salvar la vida del niño, como así sucedía, y cuando los médicos se dispusieron a realizar la transfusión el menor la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral, desistiendo de su realización, sin que consiguieran convencer al menor para que la consintiera por lo que pidieron a los acusados que trataran de convencer al niño los cuales no accedieron a ello.

Se declara como cierto que tras esta situación, los médicos autorizaron el alta médica que anteriormente habían solicitado los padres, que llevaron al hijo a su casa donde permaneció hasta el día 12 del mismo mes, fecha en la que trasladaron al niño al «Hospital Universitario Materno-Infantil del Vall D'Hebrón de Barcelona», donde le fue diagnosticado un síndrome de pancetopenia grave debido a una plaxia medular o a infiltración leucémica, considerándose urgente, nuevamente, la práctica de una transfusión para neutralizar el riesgo de hemorragia y anemia y proceder a continuación a realizar las pruebas diagnósticas pertinentes para determinar la causa de la pancetopenia e iniciar luego su tratamiento. Los acusados y el mismo menor, nuevamente, manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar una transfusión, firmando ambos acusados un escrito en dicho sentido.

Se declara como cierto, que los padres, desde el «Hospital del Vall D'Hebrón», trasladaron al niño al «Hospital General de Cataluña», donde los médicos reiteraron la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, que fue nuevamente rechazada por los acusados y por su hijo, regresando a su domicilio, al que llegaron a la una de la madrugada del día 13 de septiembre, y donde permanecieron hasta que, al día siguiente, el Juzgado de Instrucción de Fraga, tras recibir un informe médico en el que se hacía constar que el menor empeoraba progresivamente por anemia aguda posthemorrágica que requería con urgencia hemoderivados, dispuso autorizar la entrada en el domicilio del menor para que recibiera la asistencia médica que precisaba, es decir para que fuera transfundido, personándose seguidamente la comisión judicial en el domicilio del menor, cuando éste ya padecía un grave deterioro psicofísico, respondiendo de forma vaga e incoordinada a estímulos externos. Por orden médica se procedió al traslado al «Hospital de Barbastro» donde llegó en estado de coma profundo, realizándose la transfusión sanguínea ordenada judicialmente, siendo luego el niño trasladado, por orden médica, al «Hospital Miguel Servet de Zaragoza», al que llegó hacia las 23.30 horas del mismo día 14 con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral falleciendo a las 21.30 horas del día 15 de septiembre de 1994”.

Sobre la posición de garante ocupada por los padres, el Tribunal Supremo razona así:

“No se comparte el criterio sustentado por el Tribunal de instancia de que, en este caso, los padres habían perdido su condición de garantes una vez que habían reclamado la asistencia médica por los cauces convencionales, dando a la sociedad la oportunidad efectiva de sustituirles y dando entrada a los mecanismos de sustitución que nuestra sociedad tiene previstos para actuar al amparo de los menores. De la lectura del relato histórico de la sentencia de instancia, queda constatado que los padres no hicieron entrega de las funciones y deberes que lleva aparejado el ejercicio de la patria potestad y que las continuaron ejerciendo en los momentos y tiempos que fueron cruciales para la vida del niño como lo evidencia su negativa a la transfusión, que llegaron a hacer constar por escrito, ante los médicos del «Hospital del Vall D'Hebrón de Barcelona», cuando éstos les informaron de la urgencia de la transfusión, y que nuevamente rechazaron ante los requerimientos de los médicos del «Hospital General de Cataluña» cuando le reiteraron la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, hechos que confirman la vigencia de su posición de garantes en momentos que podrían salvar la vida de su hijo, y que igualmente ejercieron cuando trasladaron a su hijo a su domicilio, donde permaneció desde el día 9 hasta el día 12 de septiembre, fecha en la que lo llevaron a Barcelona.

En el supuesto que examinamos, resulta bien evidente que los padres, que se encontraban en el ejercicio de la patria potestad, se hallaban en la posición de garantes de la salud de su hijo, correspondiéndoles el deber moral y legal de hacer todo lo que hubiera sido preciso para haber hecho efectivo dicho deber, en aras de haber podido evitar cualquier situación que hubiera puesto en peligro su salud o su vida, estando obligados a haber proporcionado a su hijo la asistencia médica que hubiera precisado.

El incumplimiento de los deberes de la patria potestad también es contemplado por el Derecho civil, provocando, según la entidad de esa inobservancia, una actuación pública coadyuvante al ejercicio de la patria potestad (situaciones de riesgo), suspensiva de su ejercicio (situaciones de desamparo), o extintiva del mismo (privación de la patria potestad).²⁴

IGLESIAS REDONDO afirma que entre los supuestos que pueden integrar una situación de desamparo, además de los supuestos de padecimiento por los titulares de los deberes legales de guarda de una situación de enfermedad o deficiencia física o psíquica,²⁵ se encuentran los casos de deficiencia educativa u organizativa, entre los que figuran los supuestos de incapacidad para seguir las prescripciones médicas necesarias para la cura de enfermedades.

En la pequeña jurisprudencia encontramos numerosos ejemplos de actuaciones administrativas correctoras del descuido sanitario de los padres.²⁶

La posición de garante, presente en los padres, no se ve afectada por el hecho de que el hijo, miembro de la misma confesión religiosa, también se opusiera a la transfusión de sangre. Como destaca el Ministerio Fiscal, en los razonamientos de su recurso, el derecho positivo aporta expresivos ejemplos acerca de la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida.

Los padres, al no autorizar la transfusión de sangre, no evitaron, como les era exigido, un resultado de muerte que, de haber prestado su consentimiento, no se hubiera producido. Con esa omisión se generaba una situación equivalente a la causación del resultado típico. Todo ello permite afirmar la presencia de la imputación objetiva del resultado de muerte en cuanto los padres que se hallaban en posición de garantes, con su oposición al tratamiento transfusional, incrementaron la situación de peligro para la vida de su hijo que se concretó en su fallecimiento, que hubiesen podido evitar mediante la acción que les era exigible y omitieron”.

²⁴ Cfr artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica 1 / 1996, de 15 de enero, y artículos 111 y 172 del Código Civil.

²⁵ En cuyo caso, indica tal autor, el derecho del menor al armónico desarrollo de su personalidad debe prevalecer, en caso de conflicto, sobre el de sus guardadores legales a su salud (cfr párrafo cuarto del Preámbulo de la Ley 21 / 1987).

²⁶ Podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 13 de febrero de 1997, que contempló, entre otros factores determinantes de la declaración de desamparo por parte de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, la multitud de ingresos hospitalarios de los niños por enfermedades derivadas de un cuidado negligente y la posible desnutrición por una alimentación inadecuada y a destiempo.

Igualmente, en la sentencia del antiguo Juzgado de Primera Instancia número 6 de Albacete, de 9 de septiembre de 1998, también se consideraba la corrección de la declaración de desamparo de unos niños por, entre otros factores, una *reiterada negligencia por parte de la madre en el cuidado de sus hijos, negligencia en la que redundaba igualmente los incumplimientos reiterados de las citas médicas de los menores por parte de la madre y el estado de desnutrición de la hija pequeña.*

Asimismo, la sentencia número 130 / 2004, de 22 de julio del antiguo Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Albacete contemplaba un caso en el que la entidad pública declaró a una niña en situación de desamparo y asumió su tutela al constatar la existencia de una situación que el Servicio de Acción Social del Ayuntamiento de Albacete había calificado de abandono físico de carácter moderado, ante los problemas de obesidad y de caída del pelo que, entre otros, presentaba la menor y ante el

3. La creciente autonomía del menor

Predomina en nuestra doctrina y se impone progresivamente la idea de que la familia no es tanto una institución preeminente, cuyo interés deba primar frente al de sus componentes, sino que, aun sin desconocer su valor trascendente, no pasa de ser un medio y un marco idóneo, pero sólo instrumental, respecto de la persona de sus miembros y los derechos fundamentales de estos, de forma que estos últimos son más valiosos y deben triunfar cuando entran en conflicto con los intereses del grupo familiar.

El artículo 154 del Código Civil incluye, entre los deberes y facultades integrantes de la patria potestad, enumerados en su segundo párrafo, el de representar a los hijos. Concretando la cláusula general que contiene este artículo, auténtico precepto-cabeza en la regulación de la patria potestad, el artículo 162 del mismo código, precepto-desarrollo del anterior, en su párrafo primero, dispone que *los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados*²⁷.

Como afirma ALAÉZ CORRAL,²⁸ los artículos 12 y 39. 2 y 3 de la Constitución española diseñan la minoría de edad como un periodo vital durante el cual el individuo no se basta para la tutela de sus derechos e intereses y precisa la adopción de instrumentos de heteroprotección. Dado que el menor pasa la mayor parte de su tiempo en el seno del hogar familiar o por lo menos bajo la dependencia personal y patrimonial de la familia y como disfruta la mayor parte del tiempo efectivo de su vida en el ámbito familiar bajo la dependencia de sus padres, de forma decreciente a medida que se aproxima a la mayoría de edad, los padres son los primeros destinatarios del mandato constitucional de protección del menor. En este sentido, la cláusula general del artículo 154 del Código Civil constituye un claro ejemplo de la habilitación legislativa para incidir sobre los derechos fundamentales del menor.

Ello es así, recuerda RIVERO HERNÁNDEZ, porque cuando el niño tiene pocos años, por su vulnerabilidad y sus necesidades de todo índole, requiere especial atención frente a terceros y precisa de alguien que se ocupe de él, y por ello su capacidad de actuar es casi nula, por lo que la ley la transfiere íntegramente a otra persona, mientras que la necesidad de representación disminuye cuando el menor-adolescente va desarrollando las aptitudes físicas y psíquicas, cognoscitivas y afectivas básicas de su personalidad, y va adquiriendo la capacidad de formarse progresivamente ideas y voliciones que dan cierta posibilidad de comprensión y elección y le permiten tomar conscientemente algunas decisiones, lo que le confiere una autonomía vital que es aptitud para seleccionar lo que quiere tener o hacer.

Podemos afirmar, por lo tanto, que los padres sólo están constitucionalmente autorizados para actuar en representación de sus hijos cuando los protegen y sólo los protegen cuando actúan en defensa de su interés.

De esta forma, compartimos la afirmación del precitado autor cuando aduce que la realización del interés del menor aparece, por tanto, como piedra angular de toda regulación jurídica de la minoría de edad y secundamos la definición que IGLESIAS REDONDO hace,

incumplimiento de las orientaciones y de las medidas de carácter médico que se habían establecido para intentar solucionar los problemas apreciados.

²⁷ El antiguo artículo 155. 1.º del Código Civil establecía que el padre, y en su defecto la madre, tenían, respecto de sus hijos no emancipados, el deber de representarlos en el ejercicio de todas las acciones que pudieran redundar en su provecho.

A este respecto, señalan ALBACAR Y MARTÍN GRANIZO, aunque el texto de la ley parecía reducir la facultad de representación de los padres al ámbito de los procesos judiciales, la doctrina vino defendiendo – y tal tesis cristalizó en la actual redacción del artículo 162 – que los padres representaban a sus hijos en todo tipo de actos y no sólo en los asuntos judiciales.

²⁸ ALAÉZ CORRAL, ob. cit., pág. 156 y 157.

citando a STANZIONE, del interés del menor: “*Lejos de significar arbitrio o capricho del mismo, estriba en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en proyección frente al futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal*”.²⁹

Sin embargo, el artículo 162 del Código Civil, en su segundo párrafo, añade una triple excepción a la facultad representativa de los padres, que no podrán sustituir a sus hijos en los siguientes supuestos:

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

2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres-

Así, entre los actos excluidos de la representación, ALÁEZ CORRAL³⁰ enumera los actos naturales que forman parte del ámbito de libertad garantizado por el derecho fundamental. El padre o tutor del menor no puede vivir, pensar, hablar y expresarse, desplazarse físicamente, o, incluso reunirse en nombre y representación de aquél.

También están excluidos actos negociales. Sostiene este autor que en el caso de los negocios jurídicos, a cuyo través se ejerce el contenido de un derecho fundamental del menor, la regla general debe ser la capacidad que establece el artículo 162. 2. 1ª del Código Civil. Por ejemplo, el menor podría, a partir de una edad en la que tuviese suficiente madurez, celebrar un contrato de servicios médicos privados por el que autoriza una determinada intervención quirúrgica necesaria para salvaguardar su vida, ejerciendo con ello el derecho del artículo 15 de la CE.

Junto a los anteriores, también puede realizar otros actos no negociales, de naturaleza material, como la promoción de una reunión en un lugar público, o de naturaleza procesal, si bien la heteroprotección tiene un mayor alcance en este ámbito ya que la capacidad de querer y entender que se exige para el ejercicio de las facultades procesales es mayor a la requerida para el ejercicio de facultades materiales, puesto que el menor tiene que valorar posibilidades y estrategias procesales que inciden en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

De la interpretación conjunta de los artículos 162 y 322 del Código Civil,³¹ se deduce, señala LACRUZ,³² que la incapacidad de obrar es la regla general aplicable a los menores de edad no emancipados, de modo que necesitan actuar a través de representante legal.

Sin embargo, tal regla general debe ser atemperada tras la promulgación de la Ley Orgánica 1 / 1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor con el mandato expreso contenido en el artículo 2 de la citada ley, en su párrafo segundo, consistente en que *las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*.

Así las cosas, la cláusula general contenida en el artículo 154 del Código Civil y desarrollada en el artículo 162 del mismo código, coexiste ahora con el principio básico que reconoce el artículo 2 de la referida ley. Junto al citado precepto-cabeza del Código Civil

²⁹ Citado por RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., página 73.

³⁰ ALÁEZ CORRAL, ob. cit., pág. 128 y ss.

³¹ Artículo 322 del Código Civil: “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

³² LACRUZ y otros, ob. cit, pág 425.

aparece, ahora, otro precepto capital. Éste vendría a decir – seguimos a RIVERO HERNÁNDEZ – que el niño debe hacer y decidir él todo y en todo lo que pueda, según sus aptitudes psíquicas y discernimiento, y que no hagan otros lo que él pueda decidir o hacer por y para sí: se trata de hacer realidad la idea de la “*determinación consciente y responsable de la propia vida*”.³³

Como dice MAURICE MARTHALER, “*impedir al niño manifestar su voluntad y asumir responsabilidades, le harían un flojo servicio preparándole mal para su vida de adulto*”. Por lo tanto la tutela jurídica del infante y del adolescente han de ser distintas.

Ocurre, sin embargo, que al introducir este precepto esencial en nuestro ordenamiento, el legislador no ha contribuido a clarificar el confuso panorama normativo provocado por la miscelánea regulación de la capacidad de obrar de las personas menores de edad. El artículo 2 de la Ley Orgánica 1 / 1996 no ha suprimido la abigarrada colección de fronteras temporales, desparramadas por distintas normas, que ha venido estableciendo nuestro legislador para fijar la edad mínima necesaria para tener capacidad de obrar en diferentes supuestos de la vida social.

Así, al cumplir los dieciocho años se adquieren las mayorías de edad civil (artículo 12 de la Constitución española y 315 del Código Civil)³⁴; penal (artículo 1. 1 de la Ley Orgánica 5 / 2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores),³⁵ electoral,³⁶ y contractual (artículo 1263 del Código Civil).³⁷ A los dieciséis años de edad, se sitúan las mayorías de edad laboral (artículo 6. 1 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores),³⁸ y, como veremos, la sanitaria³⁹. A los catorce años cumplidos se alcanzan las mayorías de edad matrimonial,⁴⁰ y testamentaria (artículo 663 del Código Civil),⁴¹ aunque, paradójicamente, los menores de dieciocho años no pueden ser testigos en el otorgamiento de los testamentos (artículo 681 del Código Civil) salvo que se trate de testamentos abiertos otorgados en caso de epidemia, en los que sí podrán actuar como testigos a partir de los dieciséis años.⁴² La mayoría de edad sexual, según el artículo 181 del Código Penal, empieza a los trece años.⁴³

³³ También afirma RIVERO HERNÁNDEZ lo siguiente: *Cuando hablo de la intervención del propio menor en la concreción de su interés apelo a que se tome en consideración, por quien deba aplicar la norma y aquel concepto [el interés del menor] (padres, tutores, Administración, juez), junto a criterios propios, también los del menor afectado, hasta donde sea razonable y posible*. ob. cit., pág. 116 y ss.

³⁴ Artículo 12 de la Constitución española: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”.

Artículo 315 del Código Civil: “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”.

³⁵ Artículo 1. 1 de la Ley Orgánica 5 / 2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “Esta ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.

³⁶ Artículo 2 de la Ley Orgánica 5 / 1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General: “El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente”.

³⁷ Artículo 1263 del Código Civil: “No pueden prestar consentimiento: 1. ° los menores de edad no emancipados”.

³⁸ Artículo 6. 1: “Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años”.

³⁹ Artículo 9. 3. c) de la Ley 41 / 2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica: “Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación”.

⁴⁰ El artículo 46 del Código Civil prohíbe casarse a los menores no emancipados; sin embargo, el artículo 48, párrafo segundo, prevé que “el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, el impedimento de edad a partir de los catorce años”.

⁴¹ Artículo 663 del Código Civil: “Están incapacitados para testar: 1. ° Los menores de catorce años de uno y otro sexo”.

⁴² Artículo 681 del Código Civil: “No podrán ser testigos en los testamentos: 1 ° Los menores de edad salvo lo dispuesto en el artículo 701.”

Además de estos estándares cronológicos, nuestro Derecho contempla otros muchos supuestos en los que la edad mínima exigida a una persona para que ésta pueda ejercer un determinado derecho fluctúa considerablemente, oscilando, incluso, dentro del ámbito de realización de una misma actividad.

En este sentido, podemos destacar que sólo los ciudadanos que tengan dieciocho años pueden ser miembros de un tribunal del jurado.⁴⁴ Sin embargo, a partir de los catorce años, con la aquiescencia paterna, pueden constituir y participar en asociaciones.⁴⁵ Por otra parte, siempre que vayan acompañados por mayores de edad, podrán utilizar distintas armas con finalidad cinegética o deportiva en unos casos a partir de los catorce años y en otros a partir de los dieciséis.⁴⁶

Expuesto tal panorama, no debe extrañar la crítica que la doctrina hace de la situación actual. En este sentido, afirma GULLÓN BALLESTEROS que “mucho más importante hubiera sido regular la capacidad de obrar del menor con carácter general, acabando con la consideración fragmentaria e incompleta que en el Código civil recibe la materia”.

Llama sin embargo la atención que esta tendencia jurídica del reconocimiento de la paulatina autonomía jurídica del menor de edad no tenga su correlativo reflejo social, produciéndose, de esta forma, una cierta disociación, tal y como lo describe MARTÍN SERRANO en el informe “Juventud en España 2000”:

“En nuestras sociedades está aumentando la incongruencia entre la maduración biológica y relacional de la juventud y los ritmos y pasos hacia la sociedad adulta. Al tiempo que los desarrollos biosociales son más precoces, los procesos de emancipación concluyen más tardíamente. Se van anticipando tránsitos y se van posponiendo otros. Se van adelantando hacia la adolescencia, e incluso la infancia, comportamientos y experiencias que antaño se vivían a

Artículo 701 del Código Civil: “En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años”.

⁴³ Artículo 181 del Código Penal (apartados 1 y 2):

“1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, ...”

⁴⁴ Artículo 8 de la Ley Orgánica 5 / 1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado: “Son requisitos para ser jurado: 1. Ser español mayor de edad”.

⁴⁵ Artículo 3. b) de la Ley Orgánica 1 / 2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación: “Podrán constituir asociaciones y formar parte de las mismas (...) b) Los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el artículo 7. 2 de la Ley Orgánica 1 / 1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.

⁴⁶ Artículo 109 del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137 / 1993, de 29 de enero (apartados 1 y 2):

“1. Los españoles y extranjeros, con residencia en España, que sean mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, podrán utilizar exclusivamente para la caza o competiciones deportivas en cuyos Reglamentos se halle reconocida la categoría “junior”, pero no poseer ni llevar dentro de las poblaciones, armas largas rayadas, para caza mayor, o, en su caso, de la categoría 3.ª, 1, siempre que se encuentren en posesión legal de una autorización especial de uso de armas para menores y vayan acompañados de personas mayores de edad, con licencia de armas D, E o F que previamente se hayan comprometido a acompañarlos y vigilarlos en cada cacería o acto deportivo.

2. Con las mismas condiciones y requisitos, los mayores de catorce años y menores de dieciocho podrán utilizar las armas de la categoría 3.ª, 2, para la caza y las de la categoría 3.ª, 3, para competiciones deportivas en cuyos Reglamentos se halle reconocida la categoría “junior”, obteniendo una autorización especial de uso de armas para menores”.

partir de los 18 años (se adelantan la iniciación afectiva y sexual, la libertad de decisión sobre el tiempo libre, y también la iniciativa sobre el destino del gasto del dinero que ganan o reciben de la familia; esa capacidad lleva incluido el autocontrol para consumir o no productos que generan riesgos).

Y por otra parte, se van desplazando hacia los últimos años de la juventud, e incluso hacia después, iniciaciones existenciales que aún se tienen por logros característicos y propios de edades juveniles. (...) La inserción en la edad adulta se alarga, la adquisición de la autonomía se aplaza”.

4. El consentimiento informado

Comenta GALÁN CORTÉS que el consentimiento informado es ajeno a la tradición médica; desconocido a lo largo de su historia, en la actualidad constituye un presupuesto esencial de la relación médico-paciente.⁴⁷

Esta relación era antiguamente -indica FEDERICO TALLONE⁴⁸- de tipo vertical. El médico decidía en forma aislada el tratamiento a seguir sin consultar con el paciente, por considerarlo una persona débil, sin firmeza física ni moral. Para ello podían manejar u ocultar la información, valerse del engaño e incluso de la coerción. Según esta concepción, al enfermo, que ocupaba la posición de mero desvalido, se le exigía obediencia y confianza en un médico revestido de la suficiente autoridad para buscar siempre, en cumplimiento de su deber, el máximo beneficio objetivo del enfermo.

A este deber se le llama actualmente “principio de beneficencia”, y constituye la esencia del modelo “paternalista”, o de “beneficencia paternalista” en el que el médico, desde su posición de preeminencia y superioridad moral, busca el mayor bien, según lo que él mismo entiende como bien, para el paciente, prescindiendo, así, de la opinión del enfermo.

Este modelo –según PÉREZ SALVADOR- ha sufrido una radical transformación y ha sido sustituido por el modelo democrático, basado en una concepción horizontal de la relación médico – paciente en la que, ahora, el enfermo espera y exige que se respeten sus derechos y su autonomía para decidir y al médico se le pide, sobre todo, competencia técnica para realizar las aspiraciones y los deseos de un enfermo que ahora tiene una parte activa en la toma de decisión.

En este nuevo modelo de cultura asistencial, el modelo autonomista, el principio de beneficencia del médico tropieza con las limitaciones impuestas por el reconocimiento de la autonomía que tiene el enfermo para decidir por sí mismo. Es el principio de autonomía, principio característicamente ilustrado que afirma la potestad moral de los individuos para decidir libremente cómo gobernar su propia vida en todos los aspectos, mientras no interfiera en el proyecto vital de sus semejantes.

Se ha dicho, seguimos al referido autor, que el consentimiento informado es un principio ético antes que jurídico y su aplicación un reto ético de primer orden, ya que plantea nuevos problemas como la renuncia del médico al monopolio del poder de decisión para compartirlo con el paciente. También supone cambios para el paciente al corresponsabilizarse de su enfermedad.

Debemos recordar que ya en el Código de Ética y Deontología de la Organización Médica Colegial de 1999, artículo 10, apartado 4 se afirmaba que el consentimiento Informado es ante todo una obligación ética.

⁴⁷ GALÁN CORTES, J. C.: “La responsabilidad médica y el consentimiento informado.”

⁴⁸ TALLONE C. F: “El consentimiento informado en el Derecho Médico.”

Apunta GALÁN CORTÉS que el consentimiento informado ha llegado a la medicina desde el derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina por lo menos en los últimos siglos. Estamos ante un "derecho humano primario y fundamental", esto es, ante una de las últimas aportaciones realizada a la teoría de los derechos humanos.

En igual sentido, HÖLDERL FRAU, nos recuerda que la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo tiene sentado que constituye un derecho humano fundamental, que es consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, así como del derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona, a la propia vida y a la autodisposición sobre el propio cuerpo⁴⁹.

Desde esta perspectiva, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España por instrumento de 23 de julio de 1999 (B. O. E. número 251, de 20 de octubre de 1999), obliga a los Estados Partes a proteger al ser humano en su dignidad y su identidad y a garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (artículo 1).

En nuestro país, la primera regulación del consentimiento informado aparecía en el artículo 10 de la Ley 14 / 1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en cuyos apartados 5, 6 y 9 se reconocían los derechos a la información, a la libre elección y a la negativa del paciente al tratamiento. Esta normativa ha sido reformada recientemente por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, cuya regulación, adaptada al Convenio de Oviedo de 1997, completa las previsiones (párrafo quinto de su exposición de motivos) que la Ley General de Sanidad había enunciado como principios generales.

Estima GALÁN CORTÉS que dentro del marco de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, el consentimiento informado es el proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario, en virtud del cual el sujeto competente o capaz recibe del sanitario bastante información, en términos comprensibles, que le capacita para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad.

“Es unánime –sigue diciendo el referido autor- en la doctrina y la jurisprudencia actual la consideración de que la información del paciente integra una de las obligaciones asumidas por el equipo médico, y es requisito previo a todo consentimiento, al objeto de que el paciente pueda emitir su conformidad al plan terapéutico de forma efectiva, y no viciada por una información sesgada o inexacta, puesto que el tenor de la obligación médica comprende no sólo la aplicación de las técnicas o intervenciones adecuadas en el estado actual de la ciencia médica (núcleo principal de su deber prestacional), sino también el deber de dar al paciente la información adecuada en cada caso, muy a pesar de que no haya sido expresamente pactada”.

En igual sentido, TALLONE destaca que la información, como presupuesto del consentimiento informado, constituye el núcleo esencial de la información clínica, por cuanto la información en el proceso clínico está orientada fundamentalmente a la toma de decisiones en

⁴⁹ Vid. SSTS, Sala 1ª, de 23 de julio de 2003, 27 de septiembre de 2001, y 12 de Enero de 2001.

relación con el tratamiento, si bien no debe menospreciarse el valor de la información terapéutica para alcanzar la colaboración necesaria del paciente en miras al éxito del tratamiento.

En efecto, de la regulación que la ley 41/ 2002 hace de la información clínica se desprende su carácter primordial. Como los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma (artículo 4. 1), la información al paciente o usuario, normalmente verbal (artículo 4. 1), obligatoriamente verdadera (artículo 4. 2), formalmente adecuada (artículos 4. 2 y 5. 2) y preceptivamente garantizada y coordinada por el médico responsable (artículos 3 y 4. 3) es el antecedente lógico (artículos 2. 2 y 8. 1 de la ley y 5. 1 f) de la Ley 44 / 2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias ⁵⁰) de un consentimiento informado definido legalmente 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* (artículo 3, definición tercera).

Podemos decir que sin previa información no hay libre elección, entendida ésta, según la descripción legal, como la *facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso*, (artículo 3, definición novena) o, incluso, de rechazar el tratamiento (artículo 2. 4).

Sin embargo, consideramos que, siendo la información clínica el antecedente inmediato del consentimiento informado, su antecedente primero y mediato es la autonomía del paciente porque éste tiene en este ámbito una *libertad a tres tiempos* : la libertad precedente para aceptar o rechazar la información (artículos 4. 1 y 9. 1); la libertad consecuente, querida la información, de consentir o rehusar un tratamiento (artículos 2, apartados 3 y 4, y 8. 1); y, finalmente, la libertad subsiguiente y solvente para revocar su inicial consentimiento (artículo 8. 5) ya que éste, lejos de ser autovinulante, sólo obliga al médico (artículo 2. 6).

Según este principio de la fuerza vinculante del consentimiento informado, todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado a respetar las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente salvo en los supuestos englobados en el doctrinalmente denominado *privilegio terapéutico* y previstos tanto en el artículo 5. 4 de la ley, supuestos integrantes del *estado de necesidad terapéutico, o pronóstico fatal*, o en los casos subsumibles en la previsión hipotética del artículo 9. 2 de la ley.

Sobre el supuesto del pronóstico fatal , afirma GALÁN CORTÉS⁵¹ lo siguiente: “En lo que respecta a la gravedad de la enfermedad, se discute mucho sobre el alcance de la información que debe darse al paciente, pues desde algún sector se estima necesario silenciar la gravedad del cuadro, mientras que otros autores consideran que al paciente terminal hay que decirle la verdad. En nuestro criterio, al paciente terminal debe decirse la "verdad soportable", para evitar una crueldad innecesaria y perniciosa para el propio paciente. Se habla, en estos casos, del "privilegio terapéutico del médico", lo que provoca un conflicto entre el derecho de autodeterminación del paciente y el principio de asistencia, por lo que deben primar factores psicológicos y humanos por parte del médico a la hora de abordar esta cuestión, teniendo siempre presente que debe ser el interesado quien decida si desea o no conocer su propia

⁵⁰ Artículo 5. 1. f) de la Ley 44 / 2003, de 21 de noviembre: “ La relación entre los profesionales sanitarios y de las personas por ellos atendidas, se rige por los siguientes principios generales: f) Los pacientes tienen derecho a recibir información de acuerdo con lo establecido en la ley 41 / 2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”.

⁵¹ GALÁN CORTÉS, J. C., ob. cit.

situación, y para ello la psicología del facultativo resultará esencial; en todo caso, el médico que se valga de este privilegio para minorar la información facilitada a su paciente, deberá poseer convincentes razones para justificar que una actitud contraria causaría un daño grave al paciente, ya que este privilegio terapéutico del médico debe ser la excepción y no la regla”.

Sobre estos casos de “pronóstico terminal del paciente”, TALLONE, citando a ATAZ LÓPEZ, dice que cuando no hay posibilidades de curación parecería una crueldad decir la verdad al enfermo y que “la generalidad de los autores, incluso los que propugnan una mayor intensidad del derecho a la información, reconocen que siempre aparecen excepciones de difíciles contorno, que pueden legitimar al médico para no informar plenamente al paciente, o para proporcionarle una información gradual atenuada”, sin perjuicio, de que, obviamente, en estos casos el médico debe proporcionarle la información a los familiares o allegados.

Por su parte, sobre el límite previsto en el artículo 9. 2. b) de la ley, HÖLDERL FRAU, afirma que “no será necesario el consentimiento informado cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Así, se trata de aquellos casos en los que la urgencia no permite demoras en la actuación del médico puesto que existe un riesgo grave sobre el acervo físico y psíquico del paciente”.

En parecidos términos comenta TALLONE esta limitación: “Existen distintas situaciones en las que la intervención del médico debe hacerse con suma urgencia, sin demoras, por el peligro a ocasionar lesiones irreversibles o incluso de peligrar la propia vida del paciente, no existiendo posibilidades de avisar tampoco a los familiares, Este caso se le conoce como “*privilegio terapéutico*”. El profesional se encuentra eximido de cumplir con el deber de información y puede actuar en la emergencia hasta regularizar la salud del paciente. Por supuesto que una vez que la salud del mismo se encuentre rehabilitada o normalizada, el profesional deberá informar al paciente y a sus familiares respecto de lo sucedido.

Tradicionalmente este privilegio abarcaba a la inmensa mayoría de los enfermos, pero recordemos que la frecuencia con la que un médico invoca este privilegio depende de su propio grado de paternalismo. En el momento actual este privilegio no debe ser utilizado sistemáticamente y sólo puede ser invocado en cada caso con una justificación particular. En este sentido se ha dicho que el llamado “privilegio terapéutico” debe evaluarse con sumo cuidado ya que puede propiciar a que cualquier situación de “emergencia” quiera ser amparada bajo la figura de tal privilegio”.

También los supuestos de riesgo para la salud pública limitan la obligatoriedad del consentimiento informado tal y como dispone el artículo 9. 2. a) de la ley, ya que las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán adoptar las medidas previstas en la Ley Orgánica 3 / 1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que, cuando impliquen el internamiento obligatorio de personas, deberán ser comunicadas a la autoridad judicial.

5) La heteronomía sanitaria del menor

La sentencia del Tribunal Constitucional número 141 / 2000, de 29 de mayo (F. J. 5.º), recuerda que los menores de edad son también titulares de derechos fundamentales.

Sin embargo, aunque el menor de edad es, al igual que un adulto, titular del derecho fundamental a la salud reconocido tanto en el artículo 43 de la Constitución española como en los artículos 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de

1989,⁵² el autoejercicio del mismo, como el de los demás derechos, sólo es posible cuando alcanza la madurez. Hasta entonces, siguiendo a ALÁEZ CORRAL⁵³, podemos afirmar que siendo la minoría de edad un período de desarrollo de la personalidad y dignidad del individuo necesitado de una especial protección, el derecho fundamental del menor a la protección de su salud ha de ser ejercido, en interés de éste, por aquellos que, por mandato constitucional y legal, normalmente los padres y, en su defecto, la Administración,⁵⁴ tienen la obligación de proteger al menor y, consecuentemente, pueden exigir el cumplimiento de obligaciones impuestas por el ordenamiento al personal sanitario en beneficio de los intereses de aquél. Ésta parece ser la línea

⁵² Artículo 43 de la Constitución:

“ 1. Se reconoce el derecho a la protección a la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.”

Artículo 24 (apartados 1 y 2) de la Convención:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la mal nutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”.

Artículo 26 de la Convención:

“1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social, incluso del Seguro Social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.”

En el ámbito de la legislación sanitaria ordinaria podemos citar, por ejemplo, los artículos 14 y 15 de la Ley 8 / 2002, de 27 de noviembre, de Juventud de la Comunidad de Madrid:

Artículo 14: “El Gobierno de la Comunidad de Madrid llevará a cabo programas de promoción de la salud que engloben todas las dimensiones del desarrollo biopsicosocial de la población joven.

Artículo 15: Se procederá al desarrollo de aquellas acciones y programas que hagan factible la consecución de los siguientes objetivos:

a) Prevención y protección de la salud integral de los jóvenes.

b) Atención sanitaria acorde con los problemas y necesidades de salud propios de esta población.

c) Prevención y atención psicosocial ante problemas relacionados con las enfermedades de transmisión sexual, el consumo de drogas y la anorexia y bulimia”.

⁵³ ALÁEZ CORRAL, B. Ob. cit. Pág. 63.

⁵⁴ Artículo 6 de la Ley 8 / 2003, de 8 de abril, de Castilla y León: “Los Poderes Públicos de Castilla y León velarán de forma especial por los derechos relativos a la salud de los menores y adoptarán las medidas precisas para el eficaz cumplimiento de las previsiones que a este respecto se contienen en la ley 14 / 2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, y demás normativa aplicable.

inspiradora del artículo 9. 4. de la ley valenciana 1 / 2003, de 28 de enero, de Derechos e Información al Paciente.⁵⁵

Señalan los argentinos ARRIBERE y VEGA,⁵⁶ que “desde la simple consulta médica hasta la más compleja práctica, pasando por todos los estudios o análisis, deben ser autorizados por los representantes legales del menor o –supletoriamente- por el Juez competente”. GALÁN CORTÉS⁵⁷ afirma que si el paciente no posee condiciones de madurez suficiente para consentir el acto médico y para conocer su alcance, deberán ser sus padres o representantes legales quienes otorguen el preceptivo consentimiento, de conformidad con los artículos 154 y 216 del Código Civil español.

Así ocurre por lo tanto con el consentimiento informado, que, para MAGLIO es intransferible como principio general, salvo que manifiestas razones de inmadurez e incompetencia no permitan ejercerlo al menor por sí mismo.

En nuestro país, la Ley 41 / 2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en consonancia con el artículo 6. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997⁵⁸, establece en el primer inciso de su artículo 9. 3 c) la regla general del consentimiento representado:

Se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Para corroborar la falta de novedad del citado precepto de la ley estatal basta consultar la legislación autonómica precedente, en la que claramente se inspira la ley básica. Así, ya ordenaban la prestación del consentimiento informado del menor de edad por sus representantes legales las siguientes leyes:

El artículo 7. 2. d) de la Ley 21 / 2000, de 29 de diciembre, del Parlamento de Cataluña (B. O. E. 2 de febrero de 2001), Sobre los Derechos de Información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica.

El artículo 6. b) y c) de la Ley 3 / 2001, de 28 de mayo, de Galicia (B. O. E. 3 de julio de 2001), Reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes.

El artículo 14. 1. c) de la Ley 6 / 2002, de 15 de abril, de Salud, de Aragón (B. O. E. 21 de mayo de 2002), parcialmente modificada por la Ley 2 / 2005, de 24 de febrero (B. O. E. 24 de marzo de 2005).

⁵⁵ Artículo 9. 4 de la ley 1 / 2003, de 28 de enero, de la Comunidad Valenciana: “ En los casos de sustitución de la voluntad del afectado, la decisión deberá ser lo más objetiva y proporcional posible a favor de la persona enferma y su dignidad personal”.

⁵⁶ ROBERTO ARRIBERE y MANUEL A. VEGA: “El asentimiento de los menores de edad, a partir de un protocolo de aplicación clínica de terapia génica”. Elaborado en relación a la aplicación en el hospital “Dr. J. Penna” de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, de un protocolo de investigación clínica en terapia génica, destinado a pacientes menores de edad afectados por fibrosis quística.

⁵⁷ Ob. cit.

⁵⁸ Artículo 6. 2 del Convenio: “Cuando según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley”.

Finalmente, el artículo 8. 2. b) de la Ley foral 11 / 2002, de 6 de mayo, de Navarra (B. O. E. 30 de mayo de 2002), Sobre los Derechos del Paciente, las Voluntades Anticipadas, a la Información y a la Documentación Clínica.

Promulgada la ley básica estatal, idéntica regulación es efectuada tanto por el legislador estatal cuando, siguiendo los Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos contenidos en la Declaración de Helsinki de 1964, de la Asociación Médica Mundial,⁵⁹ la prevé en el artículo 7. 3. a) del Real Decreto 223 / 2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los Ensayos Clínicos con Medicamentos, como en el Derecho autonómico integrado por las siguientes leyes:

La Ley 1 / 2003, de 28 de enero, de Derechos e Información al Paciente, de la Comunidad Valenciana (B. O. E. 25 de febrero de 2003), en su artículo 9. 3.

La Ley 5 / 2003, de 4 de abril, de Salud de Illes Balears (B.O.E 8 de mayo de 2003), en su artículo 12. 6.

La Ley 8 / 2003, de 8 de abril, Sobre Derechos y Deberes de las Personas en Relación con la Salud de Castilla y León (B. O. E. 30 de abril de 2003), en su artículo 28. 3.

La Ley 5 / 2003, de 9 de octubre, de Declaración de Voluntad Vital Anticipada, de Andalucía (B. O. E. 21 de noviembre de 2003), en su artículo 4. 1.

Sin embargo, esta regla general está atemperada por otro de los postulados fundamentales de la Ley Orgánica 1 / 1996, de Protección Jurídica del Menor: la audiencia del menor.

Leemos en el preámbulo de la expresada ley que el concepto “ser escuchado si tuviere suficiente juicio” se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico e introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

El artículo 9 de esta ley, traducción interna del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989,⁶⁰ contiene las siguientes disposiciones:

⁵⁹ En la declaración, en sus apartados 24 y 25, se enumeran como principios básicos para toda investigación médica los siguientes:

“24. Cuando la persona sea legalmente incapaz, o inhábil física o mentalmente de otorgar consentimiento, o menor de edad, el investigador debe obtener el consentimiento informado del representante legal y de acuerdo con la ley vigente. Estos grupos no deben ser incluidos en la investigación a menos que ésta sea necesaria para promover la salud de la población representada y esta investigación no pueda realizarse en personas legalmente capaces.

25. Si una persona considerada incompetente por la ley, como es el caso de un menor de edad, es capaz de dar su asentimiento a participar o no en la investigación, el investigador debe obtenerlo, además del consentimiento del representante legal”.

⁶⁰ Artículo 12 del citado tratado:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

“1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio fiscal y a aquéllos”.

El artículo 9. 3. c) de la Ley 41 / 2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, garantiza la audiencia del menor de doce años, empleando el criterio cronológico de la edad docenaria. Esta solución legal contrasta con otras decisiones normativas que prefieren el criterio de la madurez para garantizar la audiencia del niño, que podrá ser oído si tiene suficiente capacidad de discernimiento aunque no sea doceañal.⁶¹

Entendemos, asimismo, que esta previsión legal, similar a la existente para las crisis matrimoniales en el artículo 92 del Código Civil,⁶² contiene un norma imperativa de audiencia mínima: todo menor que haya cumplido doce años, sea o no juicioso, *debe* ser escuchado; pero no impeditiva de una audiencia mayor: todo menor que tenga suficiente juicio, aunque no haya cumplido los doce años, también *podrá* ser escuchado. Considero aceptable esta solución porque, en primer lugar, tiene suficiente respaldo normativo⁶³; en segundo lugar, porque esta interpretación se coherente mejor con el enfoque amplificador que realiza la misma ley sobre la

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

⁶¹ En este sentido el artículo 6. 2 del convenio de Oviedo, el artículo 12. 6 de la Ley 5 / 2003, de 4 de abril, de Baleares o el artículo 31. 1. c) de la Ley 8 / 2003, de 8 de abril, de Castilla y León.

Por el contrario, sigue el criterio manejado en la ley 41 / 2002, de 14 de noviembre, el artículo 14. 1 de la Ley andaluza 5 / 2003, de 9 de octubre y adopta una solución intermedia el artículo 7. 3 de la Ley 1 / 2003, de 28 de enero, de la Comunidad Valenciana.

⁶² Artículo 92, segundo párrafo, del Código Civil: “Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años”.

⁶³ A tal fin, pueden citarse, por ejemplo, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 6. 2 del Convenio relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina, el artículo 90, párrafo segundo del Código Civil, el artículo 133. 2 de la Ley 9 / 1998, de 15 de julio, del Código de Familia, el artículo 31. 1.c) de la Ley 7 / 2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria, de Cantabria y el artículo 12.6 de la Ley 5 / 2003, de 4 de abril, de Salud, de las Islas Baleares.

autonomía del menor y, en tercer lugar, porque esta tesis también encuentra defensores en el propio ámbito médico de la pediatría.⁶⁴

Resumiendo: La Ley Orgánica 1 / 1996, garantiza el derecho del menor a ser oído, en otro de sus preceptos estelares, el citado artículo 9, centraliza esta garantía, dispersada en diferentes normas del ordenamiento, canaliza el ejercicio del derecho de audiencia y mediatiza el poder de los padres para ejercer su facultad de representación. La Ley Básica 41 / 2002, en su artículo 9. 3. c), cristaliza, en la vida sanitaria, la escucha del menor.

6) La colisión de intereses paterno-filiales en el ámbito sanitario.

Opina MAGLIO que solamente en aquellos casos en que la relación triangular entre padres, hijos y equipo de salud se resquebraja por diversidad de posiciones que puedan afectar el mejor interés del niño, debe darse paso a la intervención judicial como última alternativa de protección al menor.

También RODRÍGUEZ ALMADA⁶⁵, manifiesta que cuando los padres de un menor se opongan a un tratamiento, poniendo en peligro su vida o salud, el médico debería comunicarlo al juez competente.

En caso de conflicto entre la voluntad del menor con suficiente capacidad de juicio y discernimiento y la de sus padres o representantes legales, dice GALÁN CORTÉS que debe prevalecer la voluntad del menor, por cuanto estamos ante un acto que afecta a bienes como la libertad, la salud y la vida del paciente, y, por consiguiente, ante derechos de la personalidad. En caso de discrepancia entre el menor y su representante, existiendo dudas sobre sus condiciones de madurez, parece razonable que decida el juez, pudiendo el menor acudir al Ministerio Fiscal.

La intervención de los representantes legales ha de ir encaminada a favorecer la salud del representado, en tal forma que en aquellos casos en los que el padre o tutor del menor no consiente una actuación médica, en base, por ejemplo, a sus convicciones religiosas (como sucede, con cierta frecuencia, con los Testigos de Jehová), muy a pesar de que la misma resulta necesaria y urgente para preservar la salud del menor, el juez podrá suplir tal autorización, por cuanto actuará en beneficio del menor, con lo que se corregirá el abuso de derecho del padre o representante del menor.

Por su parte, DÍAZ PINTOS⁶⁶, al hilo del controvertido tema de las transfusiones de sangre y los Testigos de Jehová, comenta que la jurisprudencia más reciente admite que cuando de la autopuesta en peligro por el rechazo de un determinado tratamiento, como es la transfusión de sangre, pueda derivarse un riesgo para la vida, descartada la intención suicida, los terceros intervinientes están amparados por el carácter justificante del consentimiento prestado, si no pueden ofrecerse tratamientos alternativos aunque sean más laboriosos o arriesgados: "El adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello se ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección" (STS 950/1997).

Ahora bien, sigue diciendo el referido autor, "otro es el caso del menor que requiere el tratamiento para salvar la vida o evitar un daño irreparable. La sentencia del TS anteriormente

⁶⁴ Así, MANUEL BUENO SÁNCHEZ, catedrático de la Universidad de Zaragoza, afirma que las decisiones de los niños "no tienen que relacionarse con la edad, sino, más bien, con la madurez del menor".

⁶⁵ RODRÍGUEZ ALMADA, H.: "Los aspectos críticos de la responsabilidad médica y su prevención", Revista Médica Uruguay 2001; 17:17-23.

⁶⁶ DÍAZ PINTOS G.: "Los Testigos de Jehová y el Derecho".

citada señala que "en este caso es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento al menor aunque los padres hayan expresado su oposición. El derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres. Si éstos dejan morir a su hijo menor porque sus convicciones religiosas prohíben el tratamiento hospitalario o la transfusión de sangre, se genera una responsabilidad penalmente exigible". La concurrencia de la esfera de responsabilidad de los padres con la de los médicos, dada su posición de garantes, no permite sostener una atracción del hecho delictivo exclusivamente al ámbito de responsabilidad de los padres con consecuencias eximentes de la responsabilidad de los facultativos.

El derecho al rechazo del tratamiento y a arriesgar la propia vida tan solo puede ejercerse personalmente, sin que sea posible suplir la voluntad a través de los representantes legales. La principal razón es que se trata de una decisión de consecuencias irreversibles, no susceptible de modificación tras una posterior evolución o maduración de la personalidad del menor. Aunque el menor manifieste repetidamente su negativa a la transfusión debe aclararse que una cosa es el derecho del menor a profesar una determinada creencia religiosa igual o distinta a la de los padres (con sus consiguientes efectos en el ámbito civil o de la enseñanza) y otra del todo distinta que con base en tal derecho se pretenda fundar un derecho a la disponibilidad de la propia vida. Sólo cuando concurren las condiciones de capacidad exigidas para la plena validez del consentimiento cabe concluir que los hechos son atribuibles al ámbito de responsabilidad de la víctima, con la consiguiente atipicidad de las intervenciones de terceros”.

En este sentido también se pronuncia ESPINOSA LABELLA:⁶⁷ “ La obligación que impone el Código Civil a los padres para con sus hijos referentes a velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos... (artículo 154 del Código Civil) impide que se pueda aceptar que el progenitor pretenda que por sus concepciones religiosas se pueda poner en peligro la vida del menor. Esas obligaciones son un deber impuesto por la sociedad y no renunciables por lo que en caso de conflicto debe prevalecer el cumplimiento de esos deberes, si bien quien debe examinar resolver el conflicto en cada caso es el Juez ya que en última instancia es el encargado de tutelar esos derechos y resolver los conflictos entre los derechos del padre y los del menor”.

Pensamos que una de las vías procesales más idóneas para defender el interés del menor en los supuestos de colisión de aquél con el de sus representantes legales es la prevista en el artículo 158. 3.º del Código Civil, al disponer este precepto que *el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará (...) las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.*

La fórmula genérica del artículo 158. 3.º del Código Civil permitiría -afirma LINACERO DE LA FUENTE- la intervención judicial en aquellos casos que impliquen un peligro para la persona del menor (salud, educación o formación moral, seguridad,...), y que no tengan la gravedad suficiente para causar la privación de la patria potestad. Tal afirmación la sustenta la citada autora en:

1) Los antecedentes del artículo 158 del Código Civil, concretamente en la propuesta presentada por DÍEZ PICAZO en los trabajos prelegislativos del grupo de trabajo de la Comisión General de Codificación (1978), que incluía un artículo con el número 159 que disponía: “*Cuando la seguridad, la salud, la formación moral o la educación de un menor se encuentran en grave peligro y no se dan los requisitos necesarios para la privación de la patria potestad, podrá el juez a requerimiento del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor*

⁶⁷ ESPINOSA LABELLA, M.: “Las transfusiones de sangre a los Testigos de Jehová: Un conflicto entre el médico y el enfermo”, Actualidad Penal número 46 / 9-15 diciembre de 1996.

dictar las disposiciones que considere más adecuadas o confiar al menor a una persona o a un establecimiento de educación y asistencia”.

2) El Derecho comparado. Así, el artículo 35 del Code francés (“*Cuando la salud, la seguridad o la moralidad de un menor no emancipado estén en peligro, o las condiciones de su educación gravemente comprometidas...*”); el artículo 1918 del Código Civil portugués (“*Cuando la seguridad, la salud, la formación moral o la educación del menor se encuentren en peligro...*”); o lo dispuesto en el 1666 BGB alemán (“*En caso de puesta en peligro del bienestar corporal, espiritual o psíquico del hijo*”).

Considero que también pueden citarse algunas previsiones normativas contenidas en el Derecho autonómico comparado, que expresamente atribuyen a la autoridad judicial la facultad de decisión en los supuestos de conflictos de intereses entre los padres y los hijos cuando el conflicto afecta al ámbito de la salud de los menores. Así:

- La Ley 6 / 1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, que, en su artículo 11. 1. d) establece que *cuando pudiera ser necesario someter a un menor a pruebas para detección o tratamiento de enfermedades, éstas no podrán ser realizadas sin previo consentimiento de sus padres o personas de quien dependan, salvo prescripción facultativa debidamente justificada y así apreciada por la autoridad judicial. En todo caso, primará el derecho a la vida del menor.*

- La Ley 1 / 1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, de la Comunidad Andalucía, cuyo artículo 10, contiene tres apartados que merecen ser citados:

* Apartado 3, tercer párrafo: *para la realización de cualquier intervención que suponga un riesgo para la vida del niño, se recabará el previo consentimiento de los padres o tutores en los términos establecidos en la legislación vigente. En el caso de negativa de los padres o tutores, primará el interés del niño.*

* Apartado 5: *los menores de las poblaciones de riesgo socio - sanitario recibirán una atención preferente acorde con sus necesidades.*

* Apartado 6: *los titulares de los servicios de salud y el personal sanitario de los mismos están especialmente obligados a poner en conocimiento de los organismos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección de menores, de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal aquellos hechos que puedan suponer la existencia de situaciones de desprotección o situaciones de riesgo para los menores, así como a colaborar con los mismos para evitar y resolver tales situaciones en interés del menor.*

- La Ley 12 / 2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, cuyo artículo 32, tiene dos previsiones que pueden destacarse:

- Apartado 2. c): *todos los niños y adolescentes tienen derecho a la detección y tratamiento precoz de enfermedades congénitas, así como de las deficiencias psíquicas, físicas o sensoriales, únicamente con los límites que la ética, la tecnología y los recursos existentes impongan en el sistema sanitario.*

- Apartado 3: *cuando fuera necesario someter a un menor a pruebas médicas o diagnósticas que requieran consentimiento expreso para su realización, éste se recabará de sus padres o de las personas que les sustituyan en el ejercicio de las funciones de la patria potestad o autoridad familiar. Si el menor tuviera más de doce años, será preciso también su consentimiento. En todo caso primará el derecho a la vida del menor y, en caso de negativa de las personas antes mencionadas a que se realicen las pruebas o tratamiento, deberá resolver la autoridad judicial de acuerdo con las circunstancias.*

Como ejemplo de tutela procesal del derecho a la salud del menor por la citada vía procedimental podemos mencionar la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria número 4 / 2001, del Juzgado de Primera Instancia de Casas Ibáñez (Albacete). El expediente se promovió para solicitar al juzgado que se prestase la necesaria atención médica a una niña, diagnosticada, en periodo neonatal, de infección por VIH de transmisión vertical, ante la negativa de sus padres a que recibiera el aconsejado tratamiento consistente en la administración de fármacos antiretrovirales. El auto de 19 de febrero de 2002 (Ponente Sr. VICENTE BALLESTEROS) estimó la solicitud del fiscal e impuso judicialmente el seguimiento del tratamiento médico-farmacológico.⁶⁸

⁶⁸ La fundamentación jurídica del citado auto es la siguiente:

“PRIMERO.- Se solicita por el Ministerio Fiscal la imposición de un seguimiento y control del tratamiento adecuado en aplicación de medidas de protección de la menor (...) ante la negativa de los padres a autorizar dicho tratamiento médico de su hija, con fármacos antiretrovirales. Procede estimar íntegramente las pretensiones del Ministerio Fiscal en el presente caso, decretando el seguimiento y control judicial del tratamiento.

La Constitución Española, en su artículo 39.4 expresa que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, reconociéndose en el artículo 43 de nuestra Carta Magna, el derecho y la protección de la salud. La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, destaca el principio de que en todas las medidas concernientes a los niños, que se tomen por los Tribunales, se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño, asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Este principio del favor minoris se consolida en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuando recoge en su artículo 2 que “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Así pues, en nuestro ordenamiento jurídico, como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996, es aplicable el principio del interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, buscando la formación integral y la integración familiar y social, ampliándose de esta manera las medidas que los Jueces pueden adoptar ex artículo 158 del Código Civil a todo tipo de situaciones. Este marco normativo da cobertura a las medidas protectoras que se adoptan en el presente caso para el control del tratamiento médico, con fundamento en el art. 158 del Código Civil, todo ello, para la protección de la menor (...) y en garantía de su vida y su salud.

Dos son los aspectos que hay que tener en cuenta en el caso que nos ocupa, en primer lugar, si existe una situación de riesgo o mal inminente y grave a la que se encuentre sometida la niña (...), y que haga que judicialmente deban dictarse medidas de protección, y en segundo lugar, si esa situación de riesgo puede corregirse y evitarse con la imposición del tratamiento médico adecuado, en el sentido interesado por el Ministerio Fiscal. Ambas cuestiones tienen un marcado carácter científico médico, por cuanto conocer el verdadero riesgo para la salud o la vida de la menor y si dicho riesgo disminuye con el tratamiento prescrito por los facultativos del Complejo Hospitalario de Albacete, no son sino cuestiones atinentes a la ciencia médica, que finalmente deben llevar a la decisión final en este procedimiento de jurisdicción voluntaria.

De los informes de los médicos que tratan a la niña (...), en concreto el informe de 22 enero de 2002 (con entrada en este Juzgado el día 13 de febrero de 2002), del Dr. Miguel Lillo Lillo, hematólogo pediatra, y el de 26 de diciembre de 2001 del Dr. Roque Tébar Gil, Jefe del Servicio de Pediatría, ambos del Hospital General de Albacete, así como del informe del Médico Forense de este Juzgado de fecha 7 de febrero de 2002, se deduce que el tratamiento no sólo es adecuado, sino absolutamente necesario, no sólo para dotar de calidad a la vida de la niña, sino incluso para mantener la misma. Así pues, no aplicar el tratamiento con fármacos antiretrovirales es negar la posibilidad de que (...) viva, por lo que la voluntad

También puede considerarse que existe colisión de intereses en los casos de falta de localización de los representantes legales, cuyo paradero se ignora, cuando los mismos deben autorizar una determinada actuación médica. Entendemos que en estos supuestos la falta de presencia de los padres equivale a su falta de anuencia sobre el tratamiento clínico que debe realizarse, debiendo inferirse la incompatibilidad entre la situación de ausencia y la decisión de aquiescencia. Así se viene entendiendo, por ejemplo, en los casos de constitución judicial del acogimiento familiar de un menor ante la desaparición de los padres. De esta forma, el servicio sanitario conocedor de la situación debe comunicarla a la autoridad judicial en cumplimiento del deber informativo impuesto en el artículo 13 de la Ley Orgánica número 1 / 1996, de 15 de enero.⁶⁹

Según la mayor o menor urgencia requerida por la intervención médica, podemos distinguir varios casos:

a) La comunicación no se enviará al juzgado si la intervención es absolutamente urgente. Es el supuesto legalmente previsto del estado de necesidad terapéutico.

b) La comunicación se enviará al Juzgado de Instrucción que en ese momento se encuentre prestando el servicio de guardia, si la intervención es relativamente urgente. En estos casos la solución puede ser diferida provisionalmente durante un corto periodo horario.⁷⁰

equivocada de sus padres de mantener a su hija sin tratamiento, en la creencia errónea y de consecuencias fatales de que éste puede traer la muerte a su hija, debe ser suplida por la decisión judicial en el sentido de medicar a (...)y controlar el seguimiento del tratamiento, protegiendo de esta manera su derecho a la salud y a la vida. De la fijación de los hechos con base en los informes médicos y de la evolución de su estado de salud según consta en su historial clínico, se infiere claramente que la imposición del tratamiento y su control posterior es una medida de protección necesaria y adecuada para garantizar los citados derechos de la menor, por lo que, en todo caso y como requiere la Sentencia del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre, la aplicación del principio favor minoris en el presente caso responde a una realidad fáctica constatada.

SEGUNDO.- Vista ya la necesidad del tratamiento y su control, procede la determinación de la modalidad de administración y control, para el seguimiento judicial del mismo, así como el personal que deberá llevarlo a cabo, teniendo en cuenta que como destaca el informe médico del Dr. Tébar, de fecha 26 de diciembre de 2001, “no existe método analítico para constatar el cumplimiento del tratamiento”. Así pues, y siguiendo con lo prescrito tanto por el hematólogo Dr. Lillo, el Jefe de Pediatría, Dr. Tébar y el Médico Forense, Dr. Mainar, es apropiada la administración en dos tomas diarias para evitar un tratamiento excesivamente fuerte o agresivo a la menor(...), posología que será administrada en todo caso, y dado que es la única posibilidad de control, por profesionales, personal sanitario o de asistencia social del Centro de Salud de Villamalea, coordinados por el Coordinador Médico del Centro de Salud de Casas Ibáñez, Dr. Juan Antonio División Garrote, a cuya zona pertenece el Centro de Salud de Villamalea, que informará a este Juzgado cada tres meses de la administración correcta del tratamiento, o en cualquier momento si los padres de la niña se negasen o impidiesen la administración del tan citado tratamiento, todo ello con arreglo a las variaciones en éste que médicamente prescriba el Dr. Lillo o personal facultativo que lo sustituyese en el Complejo Hospitalario de Albacete, que igualmente deberá informar a este Juzgado cada tres meses del seguimiento médico del caso de (...) o en cualquier momento si los padres se negasen a permitir su labor profesional en el referido caso”.

⁶⁹ Artículo 13. 1. de la Ley Orgánica 1 / 1996: “Toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise”.

⁷⁰ Por esta vía se tramitó la comunicación hospitalaria del Servicio de Cirugía Pediátrica del Complejo Hospitalario Universitario de Albacete, relativa a la necesidad de obtener la autorización judicial para realizar una operación quirúrgica urgente de una niña de tres años aquejada de una tumoración submaxilar izquierda, diagnosticada como adenoflemón abscesificado latero cervical izquierdo – resto embriológico quistebranquial abscesificado.

c) La comunicación se enviará al Ministerio Fiscal si la intervención no es urgente. En estos casos, la solución no es dial y puede ser diferida transitoriamente. De esta forma el fiscal podrá promover la incoación del oportuno expediente ante el órgano jurisdiccional que corresponda (Juzgado de Instrucción, de Primera Instancia o Mixto), y recabar la necesaria autorización judicial.

7) La autonomía sanitaria del menor

Junto a los supuestos de ejercicio mediante representante del derecho a la prestación del consentimiento informado, la Ley 41 / 2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, también prevé en ese mismo precepto el autoejercicio de tal derecho por el menor. En el tercer inciso del artículo 9. 3. c), el legislador instaura el principio de la consecución de la independencia sanitaria a los dieciséis años y lo formula así:

Quando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación.

El legislador establece la emancipación sanitaria en los dieciséis años. Nos encontramos ante una decisión legislativa vanguardista, carente de absolutidad y continuidad.

La Ley Orgánica 1 / 1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, inspirándose en la filosofía jurídica propugnadora del paulatino avance de la autonomía del menor, siempre creciente, frente al correlativo retroceso de su heteronomía de una patria potestad deciente, simultanea el crecimiento jurídico del niño con su desarrollo natural. Al ordenar *la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, que pudieran derivarse del hecho evolutivo*, y al considerar al menor como *sujeto activo, participativo y creativo, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás*, adapta la maduración jurídica del menor a su evolución biológica. Transcurrido un sexenio de su vigencia, este diseño jurídico esbozado por la citada ley orgánica, encuentra su primera plasmación importante en esta decisión legal.

Sin embargo la implantación de esta regla general no es radical, ya que la propia ley la modula en los casos de actuación de grave riesgo, determinable según el criterio del facultativo, previendo la audiencia de los padres para la adopción de la decisión correspondiente en el inciso

Recibida, vía fax, la solicitud del hospital, el Juzgado de Instrucción número 3 de los de Albacete incoó las Diligencias Indeterminadas número 3 / 2005, y tras recabar el informe del médico forense y el dictamen del fiscal de guardia, dictó auto, de 4 de abril de 2005, autorizando la intervención. En su tercer fundamento jurídico se dice lo siguiente:

“TERCERO. De lo anteriormente expuesto se desprende que el adulto capaz puede oponerse al tratamiento médico que le sea prescrito, y que su decisión ha de ser respetada (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997), salvo en los casos indicados.

Por el contrario, tratándose de un menor de edad o de una persona que no se encuentre en condiciones de decidir por sí, no puede otorgarse validez a su oposición al tratamiento médico prescrito, pues carecen de juicio suficiente para ello.

En este caso consta que la menor tiene 3 años, y no existe negativa ni consentimiento de los padres, puesto que no han podido ser localizados.

A tenor del informe médico forense, “aunque no se trata de una urgencia vital se debe intervenir en el plazo de 6-8 horas, y dado que abceso puede derivar en problemas graves (sepsis), creo conveniente respetar el criterio del cirujano pediatra y autorizar el tratamiento que solicitaL”.

Por todo ello, según el informe del facultativo solicitante y el del médico forense, así como el dictamen favorable del Ministerio Fiscal, y debiendo la operación practicarse en término de 6-8 horas, procede conceder la autorización solicitada”.

final del artículo 9. 3. c) o exceptuándola en el trío de supuestos contemplados en el artículo 9. 4: interrupción voluntaria del embarazo, realización de ensayos clínicos y práctica de técnicas de reproducción asistida.

Tampoco es una solución corroborada posteriormente en nuestro ordenamiento. Ni la legislación médica ni la regulación sanitaria recogida en otros textos normativos posteriores a la entrada en vigor de la Ley 41 / 2002, producida el 16 de mayo de 2003, han consolidado la solución adoptada en esta ley básica.

De esta forma, en el plano de la legislación internacional podemos citar el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, hecho en Ginebra, el 21 de mayo de 2003, ratificado por Instrumento de 30 de diciembre de 2004 (B. O. E. 10 de febrero de 2005), en el que las Partes “profundamente preocupadas por el importante aumento del número de fumadores y de consumidores de tabaco en otras formas entre los niños y adolescentes en el mundo entero, y particularmente por el hecho de que se comience a fumar a edades cada vez más tempranas”, se obligan a adoptar y aplicar en el nivel gubernamental apropiado medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras eficaces para prohibir la venta de productos de tabaco cuando los compradores (artículo 16. 1) o los vendedores (artículo 16. 7) fueran menores de la edad fijada por la legislación interna, la legislación nacional o menores de 18 años, siendo ésta última la edad seleccionada en el borrador del anteproyecto de la Ley de Prevención del Tabaquismo que el Ministerio de Sanidad ha empezado a tramitar.

Tampoco es uniforme dicha instauración en el Derecho médico autonómico. Así, por ejemplo, mientras que algunas leyes autonómicas prevén de forma expresa el rebasamiento de los dieciséis años como causa de adquisición de la mayoría de edad, conjuntamente con la emancipación⁷¹, otras silencian este modo de alcanzar dicha mayoría⁷² y en alguna otra, como la Ley 1 / 2003, de 28 de enero, de Valencia, la solución no es clara, ya que atribuye a los mayores de dieciséis años la titularidad del derecho a la información clínica (artículo 7. 3) pero, seguidamente, sólo parece facultar a los menores emancipados (omitiendo a los mayores de dieciséis años no emancipados) para otorgar directamente el consentimiento (artículo 9. 2).

Sorprende, igualmente, la falta de cohesión entre la ley básica 41 / 2002 y la normativa sanitaria contenida en el Real Decreto 1774 / 2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5 / 2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Ninguno de los artículos que el reglamento dedica a regular la asistencia sanitaria de los menores infractores⁷³ alude a la regla general mencionada; por el contrario, según se desprende de los artículos 16. 4 y 27. 3 del reglamento - en consonancia con el artículo 7. 2. d) y e) de la Ley Orgánica 5 / 2000- un menor delincuente que tenga menos de dieciséis años podrá negarse a iniciar o a continuar un tratamiento de deshabituación de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, pudiéndose concluir, por lo tanto, que estos artículos, al permitir a un infractor menor de dieciséis años lo que los artículos 2. 4 y 9. 3. c) de la ley básica sólo permiten al mayor de dieciséis años, negarse al tratamiento, establece, en esta materia, una mayoría de edad diferente, a los 14 años, que podrá recordar a la aragonesa mayoría de edad contractual⁷⁴ pero que resulta claramente contradictoria con la prevista con

⁷¹ Así, por ejemplo, el artículo 8. 2. b) de la precitada Ley foral 11 / 2002, de 6 de mayo, de Navarra; el artículo 28. 3 de la ley 8 / 2003, de 8 de abril, de Castilla y León; o el artículo 14. 1. c) de la Ley 6 / 2002 de 15 de abril, de Aragón.

⁷² Como, por ejemplo, la Ley 5 / 2003, de 9 de octubre, de Andalucía, o la Ley 3 / 2001, de 28 de mayo, de Galicia.

⁷³ Vid artículos 10. 1. 2.º b), 16. 4, 27. 3, 38 y 56, 3 del Reglamento.

⁷⁴ Artículo 5 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón: “Del mayor de catorce años.

carácter general en la Ley 41 / 2002, y contraria a otras normas reguladoras del consumo de sustancias tóxicas por menores, como el ejemplo ya citado del artículo 16 de la Convención de Ginebra para el control del tabaco, o el ofrecido, entre otros, por el artículo 9 de la Ley 2 / 2003, de 13 de marzo, de la Convivencia y el Ocio de Extremadura ⁷⁵, o por el artículo 9 del Decreto 18 / 2004, de 30 de noviembre, por el que se Regulan los Establecimientos no Sanitarios Destinados a la Práctica del Tatuaje, Micropigmentación, Piercing u Otra Técnicas Similares, (D. O. E. Número 142, de 7 de diciembre de 2004), también de la comunidad extremeña.⁷⁶

Finalmente, tampoco la solución adoptada por nuestro legislador estatal sanitario ha sido confirmada en otras normativas sectoriales.

Examinemos, por ejemplo, la legislación autonómica que, siendo posterior a la publicación de la ley 41 / 2002, regula las uniones de hecho. Resulta llamativo y sorprendente que en un sistema normativo caracterizado por la posibilidad de un precoz acceso al matrimonio o por la permisividad de unas tempranas relaciones sexuales debido al rápido alcance de la mayoría de edad sexual, ninguna ley autonómica reconozca a los menores que ya hayan cumplido los dieciséis años de edad pero que no hayan sido emancipados, la capacidad para emparejarse. Andalucía aprobó su Ley 5 / 2002, de Parejas de Hecho el 16 de diciembre de 2002 (B. O. E. 13 de enero de 2003), y, en su artículo 3. 2, sólo permite a los menores de edad emancipados la posibilidad de formar estas uniones. Secundarán esta postura la Ley 5 / 2003, de 6 de marzo de Parejas de Hecho (B. O. E. 14 de abril de 2003), de Canarias (artículo 2. 1. a) y la Ley 5 / 2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho (B. O. E. 9 de mayo de 2003), de Extremadura (artículo 3. 1).⁷⁷

Con la única excepción del reciente apoyo que ha encontrado en el artículo 2. 10 del reglamento de la Ley Orgánica 5 / 2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, referente a la práctica de la diligencia de reconocimiento en rueda del menor

1.El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes. Los actos o contratos celebrados sin la debida asistencia serán anulables.

2. Cuando exista oposición de intereses por parte de uno sólo de los padres, la asistencia será prestada por el otro. Si la oposición de intereses existe por parte de ambos progenitores o con el tutor, la asistencia será suplida por la Junta de Parientes.

3. El mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres o mediante justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes”.

⁷⁵ Artículo 9 de la ley extremeña 2 / 2003, de 13 de marzo: “No está permitido el consumo de bebidas alcohólicas a los menores de dieciocho años”.

⁷⁶ Artículo 9. 2 del decreto: “La realización de las técnicas de decoración corporal a los menores de edad e incapacitados reguladas en el presente Decreto, podrá llevarse a cabo siempre que éstos tengan suficiente juicio o condiciones adecuadas de madurez y medie el consentimiento informado de su representante legal, según el modelo I del Anexo VI, siendo a éste a quien los titulares de los establecimientos o representantes de los mismos deberán proporcionar la información referida en el apartado anterior. En caso de menores de edad mayores de doce años, sin perjuicio del consentimiento informado de su representante legal, se exigirá el consentimiento previo, vinculante y por escrito del menor.

En todo caso se atenderá al cumplimiento de las disposiciones establecidas para la protección del menor o incapacitado”.

⁷⁷ Estas leyes mantienen la trayectoria normativa iniciada en el Derecho autonómico anterior a la Ley 41 / 2002, de 14 de noviembre, y reflejada en las siguientes leyes: Ley 19 / 1998, de 28 de diciembre, sobre Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua (B. O. E. 10 de febrero de 1999), de Cataluña (artículo 2. 1); Ley 1 / 2001, de 6 de abril, por la que se Regulan las Uniones de Hecho (B. O. E. 10 de mayo de 2001), de Valencia (artículo 2. 1. a); Ley 18 / 2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (B. O. E. 16 de enero de 2002), de Baleares (artículo 2. 1); y Ley 11 / 2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho (B. O. E. 5 de marzo de 2002), de Madrid (artículo 2. 1. a).

infractor,⁷⁸ podemos concluir que la decisión legal contenida en la Ley 41 / 2002, de 14 de noviembre, de reconocer una mayor autonomía jurídica al menor de edad, precisando las difusas previsiones legales de la Ley Orgánica 1 / 1996, de 15 de enero y concretándolas en el mundo sanitario mediante la fijación de la mayoría de edad a los dieciséis años, además de caracterizarse por su eficacia relativizada, constituye una apuesta normativa sin consolidación posterior. Soledad legislativa. Bandazos del legislador.

8) La responsabilidad médica

Afirma GALÁN CORTÉS que “el consentimiento informado es un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis*. Constituye, por consiguiente, una exigencia de la *lex artis* para llevar a efecto la actividad médico-quirúrgica curativa. Estamos, por tanto, -sigue diciendo- ante un acto clínico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad”.

Nos recuerda el precitado autor que ya al finalizar la década de los setenta, en el siglo pasado, el informe de la comisión presidida por Huges Mac Aleese concluía afirmando que la primera causa de procesos judiciales contra los médicos es la falta de información a los enfermos y a sus familiares y, asimismo, que en la Corte Suprema de Canadá, uno de sus miembros, el juez Laskin, señaló en 1981, con ocasión de la sentencia dictada en el caso Reibl versus Hughes, que “los defectos relativos al consentimiento informado del paciente cuando se trata de su elección libre e informada sobre el sometimiento o el rechazo a un adecuado y recomendable tratamiento médico, constituyen infracciones del deber de cuidado exigible al médico”.

En la misma línea argumental, RODRÍGUEZ ALMADA,⁷⁹ sostiene que el trato adecuado, la buena comunicación, la información suficiente, el consentimiento médico y el respeto al conjunto de los derechos del pacientes son elementos claves en la prevención de los reclamos por responsabilidad médica. Para este médico forense, “un procedimiento quirúrgico de coordinación correctamente indicado, oportuna y técnicamente bien ejecutado, no se ajustará a la *lex artis* si no se cumplió con el deber de la información (riesgos, alternativas terapéuticas, etcétera), es decir, si el médico no contó con un consentimiento válido. Como tampoco se podrá afirmar que se actuó de acuerdo a *lex artis* si no se registró adecuadamente el procedimiento en la historia clínica o si se infringió el principio ético y jurídico de la confidencialidad. En suma: - concluye este autor- a medida que la autonomía de los pacientes gana terreno, en la valoración de la *lex artis* pasan a cobrar creciente importancia la observancia de los derechos de aquellos”.

Igualmente, HÖLDERL FRAU⁸⁰ nos dice que “no podemos perder de vista que el consentimiento informado requiere, como requisito previo, de la información al paciente sobre la actuación médica que se pretende efectuar. Su ausencia o insuficiente obtención por parte del facultativo puede conllevar una exigencia ineludible de la responsabilidad profesional de los agentes sanitarios si se causase un daño al paciente, aunque la actuación del facultativo se hubiere adecuado a *lex artis ad hoc*”.

Por su parte, PÉREZ SALVADOR, destaca que “en el 80-90% de los casos en los que se presenta una demanda de responsabilidad médica, se alega la ausencia o una deficiente información proporcionada por el equipo médico sobre la actuación médica, diagnóstica o terapéutica, o sobre las complicaciones surgidas”, añadiendo, además, que “conviene recordar

⁷⁸ Artículo 2. 10, tercer párrafo, del reglamento: “Cuando la rueda esté compuesta por otros menores de edad, se deberá contar con su autorización y con la de sus representantes legales o guardadores de hecho o de derecho, a salvo el supuesto de los mayores de 16 años no emancipados y de los menores emancipados en que sea de aplicación lo dispuesto para las limitaciones a la declaración de voluntad de los menores en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1 / 1996, de protección jurídica del menor”.

⁷⁹ RODRÍGUEZ ALMADA, H. Ob cit.

⁸⁰ HÖLDERL FRAU H. A.: Ob cit.

que no hay que confundir C. I. con garantía jurídica de ningún tipo, no amparando éste en ningún caso la mala praxis profesional”.

También ESPINOSA LABELLA recuerda –citando a LÓPEZ BARJA DE QUIROGA- que la responsabilidad civil por negligencia médica es extensible a los casos de falta de información del médico al paciente.

Comprobamos, por lo tanto, que la doctrina resalta la progresiva importancia de la información médica como factor antecedente del consentimiento informado y la trascendencia creciente de la desinformación clínica como concausa o factor determinante de la exigencia de responsabilidad médica.

Por eso PARRA LUCÁN,⁸¹ destaca como uno de los aspectos más llamativos de la actual práctica jurisprudencial en materia de régimen de la responsabilidad médica el hecho de que son cada vez más frecuentes las decisiones judiciales en las que la responsabilidad médica se vincula a la ausencia de una correcta información médica, incluso, cuando la actuación del médico ha sido diligente, forzando entonces la regulación del consentimiento informado con el único propósito de conceder una indemnización al demandante”.

En el ámbito civil y administrativo y dejando a parte el orden penal, -comenta HÖLDERL FRAU- la jurisprudencia ha señalado que en los casos de ausencia o deficiente información asistencial se priva al paciente del derecho a obtener la información esclarecedora, previa al consentimiento y derivados, derecho a nuevas consultas, derecho a elegir o derecho a demorarse en la práctica del acto médico. En estos casos, el facultativo y el centro sanitario incurrirán en responsabilidad civil o patrimonial, según se trate de un centro privado o público, donde se haya prestado la asistencia sanitaria. Por ello, señala la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 8 de septiembre de 2.003 (EDJ 2003,92643), que pese a que la actuación del médico se hubiera efectuado conforme a las reglas de la lex artis, el centro sanitario y éste responderán solidariamente por una indemnización que responda a la privación del derecho a ser informado del paciente y de las posibilidades que podría tener en relación con la intervención que se le debía practicar.

Sobre la naturaleza de la responsabilidad médica, la sentencia número 574 / 1997, de 27 de junio, del Tribunal Supremo (Sala 1ª), destaca lo siguiente:

“La Sala ha de insistir en su doctrina de que la responsabilidad médica es de medios y no de resultados, al incidir en éstos la propia naturaleza humana, descartando toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, pues se establece en base a la concurrencia de necesaria relación de causalidad culposa (SS. 6 noviembre 1990 [RJ 1990\ 8528]; 8 octubre 1992 [RJ 1992\ 7540]; 2 febrero y 23 marzo 1993 [RJ 1993\ 793 y RJ 1993\ 2545]; 29 marzo 1994, citadas todas en la de 16 febrero 1995 [RJ 1995\ 844]), ante la realidad de que los facultativos no pueden asegurar la salud, sino procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser algo de lo que se pueda disponer y otorgar, siquiera son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina que causen resultados nocivos, como sucedió en el supuesto contemplado en la última de las Sentencias citadas de 16 febrero 1995; también se ha declarado que, a la hora de calificar la naturaleza del contrato que une al paciente con el médico, ha de considerarse como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, pero acentuando el deber de información en los supuestos en que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, en que se acude al

⁸¹ PARRA LUCÁN, M. A.: “Dos apuntes en materia de responsabilidad médica”, ponencia de la autora leída el 20 de noviembre de 2002 en el XI Congreso de Derecho y Salud, Nuevos retos del sistema nacional de salud. Santa Cruz de Tenerife.

médico no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica -la actividad sexual- en forma tal que no tenga que acudir a otros medios anticonceptivos fuera de la operación quirúrgica a la que se sometió con tal finalidad (véase la Sentencia de 25 abril 1994 [RJ 1994\ 3073], referente al caso de una vasectomía, con resultado de embarazo de la esposa por falta de la información adecuada), supuesto en el que el contrato se aproxima a un arrendamiento de obra; pero la diferencia entre el caso de autos (ligadura de trompas) y el de la última sentencia citada (vasectomía), es que en este último hubo una deficiente información y en el que nos ocupa sienta la Audiencia que se produjo la suficiente (igual supuesto de falta de información, más consentimiento, inadecuado con la consiguiente condena, en caso de ligadura de trompas con cesárea, ver S. 24 mayo 1995 [RJ 1995\ 4262])”

Ya la sentencia número 349 / 1994, de 25 de abril del Tribunal Supremo (Sala 1ª , Ponente Excmo. Sr. José Luis Albácar López, RJ 1994 / 3073), perfilaba la obligación médica de medios ⁸²desmenuzándola de la siguiente forma:

*“La aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las Sentencias de 7 febrero y 29 junio 1990 (RJ 1990\ 1668 y RJ 1990\ 4945), 11 marzo 1991 (RJ 1991\ 2209) y 23 marzo 1993 (RJ 1993\ 2545), la actuación del médico se rija por la denominada «lex artis ad hoc», es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos - estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo; B) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado; C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y D) En los supuestos -no infrecuentes- de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia”.*⁸³

⁸² Aluden a la misma doctrina jurisprudencial las sentencias de la Audiencia Nacional (Sección 4ª) de 13 de junio de 2001, de 12 de noviembre de 2003 y de 18 de febrero y 7 de abril de 2004

⁸³ Así perfilada, sin embargo, esta configuración no excluye, como enuncia la sentencia número 462 / 1998, de 22 de mayo del Tribunal Supremo (Sección 1ª; Ponente Excmo. Sr. José Almagro Nosete, RJ 1998 / 3991): “conforme a la doctrina de esta Sala, corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de

El deber de información clínica integra, según lo expuesto, esa obligación médica de medios. En este sentido, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2003 (EDJ 2003,80469) apunta que *"se evidencia que el riesgo de la intervención se produjo con la rotura o perforación de los dos tímpanos, por lo que deviene indispensable ese deber de informar previamente de unos riesgos, como los que luego determinaron la patología del actor, derivada de su padecimiento a resultas de la perforación timpánica sufrida, siendo por tanto previsible su posterior acaecimiento y de ahí derivar asimismo la responsabilidad del profesional."*

La importancia de este deber informativo excluye que el cumplimiento del mismo dependa del subjetivo criterio del profesional sanitario. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo número 313 / 1999, de 13 de abril (Sección 1ª; Ponente Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, RJ 1999 / 2583), dice:

"No podemos olvidar que una de las obligaciones exigibles al profesional de la medicina y que forma parte de la "lex artis ad hoc", es la de informar al paciente o en su caso, a los familiares del mismo, pues la falta de información previa a la familia, es tenida en cuenta hasta por la propia Sala que manifiesta su crítica, aunque excluye su relación con la causa del fallecimiento, rechazando que era una intervención "no de extrema gravedad ni riesgo, de escasa duración y con un paciente con constantes físicas normales", justificaciones que deben decaer por cuanto que el derecho del paciente a ser informado no debe depender de la importancia que le dé un facultativo, y siendo, como es, un riesgo importante en las anestias totales, la información debe ser requisito imprescindible. A este respecto -continúa el motivo- podemos traer a colación la Sentencia de esa Sala del TS de 25 de abril de 1994, en donde se recoge, como uno de los componentes de la "lex artis ad hoc", el derecho de información, y al respecto dice: -"Informar al paciente o en su caso a los familiares del mismo, siempre, claro está, que esto resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado"-. La inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega so pena de imponerle una prueba que puede calificarse de perversa, contraria al principio de tutela efectiva por implicar indefensión, prohibida en el art. 24.1 de la CE (RCL 1978\ 2836 y ApNDL 2875). Sentencia del TC de 17 de enero de 1994 (RTC 1994\ 7)»"

Profundiza sobre esta cuestión la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000, dictada en el Recurso de Casación número 8065 / 1995 (Ponente Excmo. Sr. Xiol Ríos, RJ 2000 / 3258) en la que se reconoce que el derecho a la asistencia sanitaria no se agota en la prestación de atenciones médicas y farmacéuticas, sino que incluye el derecho esencial de información previa al sometimiento a cualquier intervención quirúrgica de forma clara y comprensible para el enfermo o para su representante legal, con la advertencia de los riesgos y señalando los posibles

culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de experiencia. En efecto, la Sentencia de esta Sala de 2 diciembre 1996 (RJ 1996\ 8938), sostiene que «no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la "lex artis ad hoc", no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios utilizados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en sus conveniente y temporánea utilización". Esta sentencia versaba sobre la muerte de una persona por shock séptico a causa de las complicaciones desencadenadas por un defectuoso tratamiento de un simple flemón dentario.

tratamientos médicos alternativos y, en todo caso, solicitando el preceptivo consentimiento previo a la intervención.

Ahora bien, esta sentencia alerta sobre un exceso de información clínica, y, a este respecto, señala:

“No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario”.

No puede desconocerse, como así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo número 1230 / 2004, de 15 de diciembre (Sección 1ª; Ponente Excmo. Sr. Alfonso Villagomez Rodil, RJ 2004-8212) la importancia que, a su vez, tiene la información que el propio usuario o paciente tiene el deber de proporcionar (artículo 2. 5 de la Ley 41 / 2002, de 14 de noviembre) y la posible eficacia exonerativa de la responsabilidad médica que puede tener el incumplimiento por el enfermo de su correlativo deber informativo:

“El diagnóstico para ser lo mas acertado posible exige aportar al médico los datos clínicos que se conozcan y de la forma mas completa posible, pues con ello se pueden evitar demoras y procurar alcanzar una calificación mas exacta del padecimiento a fin de adoptar medidas para atajarlo o procurar remediarlo, tratándose de una información que debe suministrar el enfermo o sus familiares o allegados cuando le es conocida y no se le puede exigir a los profesionales de la medicina dotes de imaginación o de adivinos ya que entonces la posibilidad de errores, por creencias o suposiciones pueden presentarse mayores y aquí se trataba de un médico de cabecera y de una enfermedad muy poco común”.

También se abordaba el tema de la información clínica en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª) del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (Ponente Excmo. Sr. Francisco González Navarro, RJ. 2000 / 9409), en la que, en un supuesto en que el paciente había firmado un impreso informativo que luego tildó en su recurso de insuficiente, se afirma que es el paciente –o, en su caso, el familiar o allegado que lo asiste o sustituye- quien puede y debe solicitar –si lo considera necesario- que se le dé una información más elocuente y que, siempre con la inexcusable concisión y claridad que sea compatible con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada por escrito.

En materia de prueba de la verificación de la información , siguiendo la línea jurisprudencial dominante que aplica la doctrina de la "facilidad probatoria"⁸⁴ la sentencia de 4 de abril de 2000 establece lo siguiente:

“La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente

⁸⁴ Actualmente recogida en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil, con lo que la carga de la prueba sobre la existencia del adecuado consentimiento informado recae sobre el facultativo, pues es él quien se halla en situación más favorable para conseguir su acreditación [SSTS, Sala 1ª, 16 de octubre de 1.998 (EDJ 1998,21887), 28 de diciembre de 1.998 (EDJ 1.998, 30716), 19 de abril de 1.999 (EDJ 1999,7194), 7 de marzo de 2.000 (EDJ 2000,1976), 12 de enero de 2.001 (EDJ 2001,6) y 8 de septiembre de 2.003 (EDJ 2 003,92643)].

Sin embargo, no toda falta de información genera una indemnización de forma inmediata y automática, ya que recuerda la STS, Sala 1ª, de 23 de julio de 2.003 (EDJ 2003,80469), que "si bien el consentimiento informado es el eje de la actividad médica, su ausencia sólo genera responsabilidad cuando el paciente ha sufrido algún tipo de perjuicio".

la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad”.

Tras referirse a la situación en la que quedó el paciente menor de edad ⁸⁵, en la citada sentencia se razona la vinculación –no causal- existente entre la desinformación clínica, el resultado producido y la obligación de reparar el daño causado de la siguiente forma:

“La circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, puesto que del relato de hechos de la sentencia de instancia que hemos aceptado se desprende que la operación se desarrolló adecuadamente, que era prácticamente necesaria y que, atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el equipo médico de no aplazar la operación fue la esperable también de cualquier persona situada en la tesitura de arriesgarse a un porcentaje tan mínimo de riesgo como el de autos frente a un seguro futuro tan problemático respecto de la salud y en el momento en que ya empezaban los síntomas al respecto como era el de la hipertensión. Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y no son indemnizables.

No cabe duda, sin embargo, de que, al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud.

Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención. En el sistema de valoración del daño corporal regulado en la Ley de Responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor (RCL 1995\ 3046), a cuyos criterios esta Sala acude de modo analógico y orientativo para la ponderación necesaria en la indemnización del daño moral, no se halla incluido un daño moral por omisión de información para obtener el consentimiento de la naturaleza del que estamos contemplando. Sin embargo, el concepto con el que hallamos una mayor analogía es el previsto en la tabla II para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad, dado que se trata de un concepto que parece encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela padecida es de especial intensidad, un daño moral añadido al

⁸⁵ “En el caso examinado se ha probado que el actor ha padecido como consecuencia de la operación quirúrgica realizada una paraplejía que es definida en la demanda, en términos sustancialmente aceptados por la contestación, como paraplejía flácida con nivel sensitivo en D-11, por síndrome espinal anterior, con paraparesia, quedando el compareciente, a pesar de rehabilitación en la Unidad de lesionados medulares del Hospital Juan Parejo de la Coruña, parapléjico y en silla de ruedas, al no poder realizar movimiento alguno contra la gravedad o resistencia, siendo el déficit de la capacidad fisiológica del 70%, dado el daño medular irreversible”.

correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean.”

No ofrece duda, por lo tanto, que jurisprudencialmente se sostiene que la falta de información clínica permite la exigencia de responsabilidad civil, contractual o extracontractual, o patrimonial.

Sobre la responsabilidad médica contractual, la citada Sentencia del Tribunal Supremo número 313 / 1999, de 13 de abril, afirma:

“En la responsabilidad médica, por lo general, de tipo contractual, tanto porque haya un contrato de asistencia, directo o a través de Entidad o SS, tanto porque se integre merced al mismo acto médico, el mecanismo de prueba de responsabilidad será al acorde con lo antes dicho a propósito de la contractual: el actor o paciente habrá de acreditar, no sólo el daño sino la autoría y relación de causalidad y hasta la infracción de los deberes profesionales o “lex artis ad hoc”; de ahí que se afirme, desde siempre, que al ser la obligación del médico, la de observar esos deberes asistenciales -entre los que está, sin duda, el de información adecuada-, o sea los “medios para curar” y no el resultado o la curación del paciente (de impredecible previsión hasta por el enigma somático o reacción fisiológica del enfermo), no cabe derivar del daño o mal del paciente, sin más, la responsabilidad del médico”.

En relación a la responsabilidad extracontractual, la Sentencia del Tribunal Supremo número 462 / 1998, de 22 de mayo de 1998 (Sección 1ª; Ponente Excmo. Sr. José Almagro Nosete, RJ 1998 / 3991) afirma: *No demostrada, de otra parte, la inevitabilidad del resultado, ni facilitado medios convincentes de prueba, acreditativos del empleo de toda la diligencia exigible en un caso de esas características, se entra, de lleno, en la aplicación del artículo 1903 del Código Civil, cuyos elementos constitutivos concurren, ya que es constante la jurisprudencia de esta Sala que declara con reiteración la responsabilidad directa de los centros y servicios sanitarios por hecho ajeno, atribuye a los facultativos y personal dependiente, que surge de la relación de dependencia del médico, al entrar en juego los conceptos de «culpa in vigilando» o «culpa in eligendo» (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 abril 1997 [RJ 1997\ 2742], entre otras muchas”.*

Y la citada Sentencia de 13 de abril de 1999, añade:

“En la extracontractual, “ex” art. 1902 CC, el perjudicado o dañado, habrá de acreditar no sólo ese daño -es el subrogado de la obligación precedente- sino la autoría de la conducta dañosa, el nexo causal y la voluntariedad de esa autoría por infringirse deberes de prevención o el general “naeminem laedere”; es obvio, que en esta responsabilidad huelga la distinción entre la obligación de medios y de resultado, (antes del “factum” dañoso ni existe un destinatario de la acción ni, menos aún, una concreta prestación, salvo el genérico “alterum non laedere”), más propia del contexto o diseño de la responsabilidad contractual; al autor le basta con oponerse a la reclamación. Una jurisprudencia y muy clásica -y sin apoyaturas dogmáticas-, por razones de solidaridad o justicia social, viene defendiendo desde la emblemática S. 10-7-1943 (RJ 1943\ 856), que en la extracontractual rige el principio de inversión de la carga de la prueba: o sea, al perjudicado que accione le basta con acreditar el daño, del que ya, sin más, resultarán los demás presupuestos de la responsabilidad del autor - acción, culpa o infracción, deberes y nexo-, salvo prueba de no culpa a cargo de éste o demandado.”

Y por su parte, sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, la Sentencia de 30 de junio de 2004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª) de la Audiencia Nacional, nos recuerda lo siguiente:

“La jurisprudencia ha precisado que para apreciar la existencia de esta responsabilidad son precisos los siguientes requisitos a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas, b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal, c) ausencia de fuerza mayor y d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño por su propia conducta”.

9) Conclusiones

A la vista de todo lo anterior podemos enunciar las siguientes conclusiones:

1ª) Hay dos tipos de mayoría de edad sanitaria: la simple y la cualificada.

2ª) La mayoría de edad simple comienza a los dieciséis años. Todo niño que haya cumplido esta edad, esté o no emancipado, goza de independencia sanitaria y tiene plena capacidad para aceptar o rechazar la información clínica, compartirla u ocultarla a sus representantes legales, aceptar o rehusar el tratamiento médico, elegir libremente la opción clínica disponible (alternativa, facultativo o centro asistencial) y a mantener el consentimiento informado o a revocarlo en cualquier momento.

Ningún menor con dieciséis años necesita la intervención o la supervisión de sus padres para consentir libremente. La validez del consentimiento informado no depende del acompañamiento familiar.

3ª) El riesgo grave influye en la mayoría de edad sanitaria.

a) El riesgo grave mediato difumina la autonomía del menor y obliga a informar a los padres. Sin embargo, la decisión corresponde al menor.

1 Si el menor de dieciséis años está emancipado, su decisión prevalece sobre la opinión de los padres. Consideramos esta prioridad absoluta.

2) Si el menor de dieciséis años no está emancipado, su decisión prevalece sobre la de los progenitores. Sin embargo consideramos esta prioridad relativa ya que, en caso de choque con el criterio de los padres, podría ser judicialmente eliminada.

b) El riesgo grave inmediato elimina la autonomía del menor y excluye el consentimiento informado del menor o de sus padres. No hay consentimiento en el estado terapéutico de necesidad.

4ª) La mayoría de edad cualificada comienza a los dieciocho años. Está prevista en tres casos. El menor de dieciocho años no tiene autonomía para consentir:

- a) La interrupción voluntaria del embarazo.
- b) La práctica de un ensayo clínico.
- c) La práctica de una técnica de reproducción asistida.

A diferencia de las dos últimas, en las que sus correspondientes normativas específicas sí fijan expresamente la mayoría de edad en los dieciocho años, no existe igual previsión cronológica para los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, la omisión de tal mención en la regulación del aborto no ampara una rebaja de la mayoría de edad establecida en la ley básica.

5ª) Toda niño menor de dieciséis años carece de autonomía sanitaria. Los padres en el desempeño de su función de proteger al niño, y en cumplimiento de su deber de velar por su salud, representan al menor y prestan su consentimiento por sustitución. Corresponde a los padres la libre elección.

6ª) La representación clínica de los padres es binaria y funcional. Toda decisión que afecte a la salud del hijo debe ser adoptada por ambos y adaptada al interés superior de aquél.

7ª) Toda decisión sanitaria de los padres perjudicial para la vida o para la salud del hijo genera un conflicto de intereses, que debe ser médicamente detectado y judicialmente solucionado.

Todo profesional sanitario que, al intervenir en la actividad asistencial del menor, y estando en contacto inmediato con él, estime perjudicial para su interés la decisión adoptada por sus padres, está obligado a comunicarla a la autoridad –deber de información- y facultado para incumplirla –deber de actuación inmediata-.

La urgente defensa clínica del interés del menor ampara la insumisión médica.

8ª) La heteronomía absoluta del menor acaba con su primera madurez.

Todo niño que tenga el suficiente juicio, cualquiera que sea su edad, debe ser escuchado e informado antes de que los padres adopten una decisión sanitaria que les afecte. Los padres protagonizan la recepción de la información clínica pero no la monopolizan.

9ª) La autonomía progresiva del menor incide en la libre elección de los padres. Sería deseable que, siempre que el niño tenga suficiente juicio y más de doce años, decidiera conjuntamente con sus padres. Mientras el menor es heterónimo, sus padres patentizan su consentimiento informado. Durante su heteronomía la decisión se centraliza en los padres pero la autonomía creciente del menor la colectiviza.

10ª) El médico no puede ocultar la información clínica a los padres del menor de dieciséis años. Todo médico que actúa sin el conocimiento y sin el consentimiento de los padres a petición del propio menor, vulnera la patria potestad, incumple la lex artis y, si su actuación es lesiva, incurre en responsabilidad.