



Universidad
de Alcalá

**LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE
MENOR DE EDAD. ANÁLISIS DEL
CONSENTIMIENTO EN LAS
TRANSFUSIONES E INTERRUPCIONES
DEL EMBARAZO**

**THE AUTONOMY OF THE MINOR
PATIENT. ANALYSIS OF CONSENT IN
CASE OF TRANSFUSION AND
INTERRUPTIONS OF PREGNANCY**

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por: D^a. MARÍA CRISTINA GARVÍA DEL NUEVO

Dirigido por: Dra. D^a. ISABEL CANO RUIZ

Enero de 2019

RESUMEN

El consentimiento informado es la manifestación de la voluntad de las personas en el ámbito sanitario.

En este trabajo se aborda la cuestión del consentimiento informado, en concreto, en la figura del menor, haciendo un análisis sobre como afecta la negativa de éste a someterse a una determinada intervención médica ejercitando su derecho de libertad religiosa, y el supuesto concreto de la interrupción del embarazo.

ABSTRACT

The informed consent is the manifestation of the will of the people in the health field.

This project deals with the issue of informed consent, specifically in the figure of the child, making an analysis on how it affects the refusal of the child to undergo a certain medical intervention exercising their right to religious freedom, and the specific assumption of the Interruption of pregnancy.

PALABRAS CLAVE

Consentimiento informado, principio de autonomía del paciente, derecho a la libertad religiosa, interés superior del menor, derecho a la vida, derecho a la libertad de conciencia, negativa a las transfusiones de sangre, interrupción voluntaria del embarazo o aborto.

KEY WORDS

Informed consent, autonomy of patient, right of religious freedom, best interests of the child, right to freedom of conscience, right to live, refusal to blood transfusions, interruptions of pregnancy.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE	6
III.	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO	8
	III.1. Evolución de la relación médico-paciente	8
	III.2. Precedentes de la Ley 41/2002	8
	III.3. Consentimiento informado: concepto, requisitos y límites	10
IV.	CAPACIDAD DEL MENOR PARA DECIDIR	15
	IV.1. Planteamiento general	15
	IV.2. El menor maduro	21
V.	RELIGIÓN Y SALUD	23
	V.1. La libertad religiosa del menor	25
	V.2. La negativa del menor	27
VI.	LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO	33
	VI.1. La interrupción del embarazo	33
	VI.2. La menor entre dieciséis y diecisiete años	36
	VI.3. La menor de edad menor de dieciséis años	38
VII.	CONCLUSIONES	39
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	42

I. INTRODUCCIÓN

Los continuos cambios sociales, junto a la evolución del pensamiento y pautas de comportamiento de los individuos, obligan a operar una constante adecuación y acomodación del ordenamiento jurídico a la realidad social del tiempo en que se han aplicado las normas¹; en cambio, el desarrollo legislativo no ha ido evolucionando al mismo ritmo que la realidad social.

En el entorno médico comenzó a ponerse en tela de juicio el papel que se adjudicaba al médico como “tomador de decisiones”² y el paciente las aceptaba categóricamente, instalándose un debate acerca de los derechos de las personas enfermas a ser informadas y a tomar sus propias decisiones³. Este debate ético tuvo su origen en el avance científico y tecnológico del siglo XX, y sobre todo, en la preocupación por los derechos humanos tras las grandes guerras que asolaron al mundo⁴.

Entre los derechos y obligaciones surgidos en el vínculo de esta relación, cobra especial relevancia la toma de decisiones el consentimiento informado, objeto de estudio en este trabajo, por el que una persona tiene que decidir por sí misma, y en particular, en la persona menor de edad.

Uno de problemas fundamentales que plantea el consentimiento informado es el de la capacidad que ha de tener el paciente para prestarlo, por consiguiente, aceptar o rechazar un tratamiento médico, que habitualmente quedará en manos de los padres o representantes legales. En cambio, en la actualidad, se intenta restringir de la menor manera posible los derechos de la persona.

¹ PALOMARES BAYO, Magdalena y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRA, Javier (Coordinadores), *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*, ed. Comares, Granada, 2002. p. 35.

² “En palabras de Diego Gracia, el paternalismo del médico estaba justificado cuando concurrían tres criterios: 1) la persona está en situación de incompetencia básica, 2) la medida supone un beneficio objetivo para él, y 3) se puede presumir racionalmente que la persona consistiría si cesara la situación de incompetencia”, en *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Ed. Comares, Granada, 2009, p.31.

³ “Modelos de relación médico paciente”, en *Libros Virtuales IntraMed.*, p. 6 http://www.intramed.net/sitios/librovirtual6/pdf/06_01.pdf

⁴ Modelos de relación medico paciente, op.cit.

La infancia y la adolescencia son las etapas cruciales para que los niños adquieran la madurez suficiente de cara al futuro. Y es en ese momento en el que necesitan la máxima protección en su esfera personal. Sin embargo, hemos de recordar que el menor de edad no es solo objeto de protección, ha de considerarse sujeto de derechos, lo que conlleva a tomar sus propias decisiones, incluido en el ámbito sanitario.

Mientras que la legislación de los menores ha ido concediendo autonomía para realizar ciertos actos o negocios por sí solo, en otras ocasiones se les priva por su grado de madurez *insuficiente*.

II. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE

La Real Academia Española define la autonomía de la voluntad como *“la capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala”*⁵.

El principio de autonomía del paciente se regula en 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 adelante LAP). Este principio se fundamenta en la dignidad de la persona humana y la libertad de decisión junto al respeto a la autonomía de su voluntad⁶, que se refleja en el derecho del paciente a decidir entre las opciones clínicas disponibles⁷, y el derecho a negarse al tratamiento sin más limitaciones que las previstas en la Ley⁸.

Sin embargo, aunque sea un derecho ampliamente reconocido a todo individuo, este derecho se aplica de forma muy diferente según la edad de las personas, y dentro de ésta, podríamos decir que existe dos criterios más: la capacidad y la madurez.

La LAP recoge que, por regla general, cualquier mayor de edad tiene reconocido el derecho a decidir libremente a aceptar o no un tratamiento médico, tras haber recibido información suficiente para tomar la decisión. Como una única excepción, encontramos que si el adulto está incapacitado legalmente o cuando carezca de capacidad de comprender la información, en cuyo caso, necesitará de un representante legal que supla esta falta de capacidad y otorgue consentimiento⁹.

En cambio, cuando nos encontramos ante menores de edad, con carácter general no pueden prestar consentimiento y necesitan de sus padres o de un representante legal. Siendo titulares de un derecho, no pueden ejercerlo sin más, pero el legislador ha

⁵ <http://dle.rae.es/?id=4TsdBo> a fecha de 12 de octubre de 2018.

⁶ Art. 2.1 LAP.

⁷ Art. 2.3 LAP.

⁸ Art. 2.4 LAP.

⁹ El art. 322 CC señala que El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

concedido que el menor de edad cumplidos los dieciséis años pueda ejercitar su derecho por sí mismo¹⁰.

Este principio se completa con el deber de información del facultativo. El titular del derecho a la información asistencial es el paciente y las personas vinculadas a él, y deberá ser informado incluso en caso de incapacidad¹¹.

Este deber de informar se atribuye al facultativo. Hay un contenido mínimo que se ha de proporcionar al paciente que debe constar en la historia clínica. El proceso para dar el consentimiento podría resumirse en que el médico o facultativo informa y el paciente, a partir de esa información, decidirá y otorgará su consentimiento para someterse al tratamiento del tipo que sea. La información que ha de obtener el paciente se dará de forma verbal y habrá de dejar constancia en la historia clínica, que comprende, como mínimo, la finalidad y naturaleza de la intervención¹².

El Tribunal Supremo atribuyó el *deber de informar al personal facultativo que va a realizar la intervención, pues debe conocer la trascendencia y alcance de la misma, sin que pueda considerarse deficiente la información dada anteriormente por otro médico*¹³.

¹⁰ Se le considera menor maduro, pero a lo largo de este trabajo veremos que en esta edad se ha establecido una presunción porque si a juicio del facultativo el menor entre 12 y 16 años es lo suficiente maduro, podrá consentir.

¹¹ Cabe la posibilidad de que el paciente renuncie a recibir información. Dicha renuncia se deberá recoger documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

¹² Art. 4 LAP.

¹³ STS de 26 septiembre de 2000.

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ESPAÑA

III.1. La evolución de la relación entre el médico y paciente

En las últimas décadas se ha abandonado la visión paternalista en la que el médico desempeñaba el papel de tomador de decisiones y el paciente no tenía más opción que acatar y aceptar. El avance científico y tecnológico en el siglo XX originó un debate ético acerca de los derechos de las personas enfermas a ser informadas y a tomar sus propias decisiones¹⁴. Por ejemplo, a partir de las deliberaciones de los juicios de Núremberg se redactó el Código de ética médica de Núremberg, en el que se recogen que se han de “satisfacer conceptos morales, éticos y legales” en caso de experimentos médicos con seres humanos¹⁵.

La relación médico-paciente es la piedra angular de la práctica médica y, por lo tanto, de la ética médica. La declaración de Ginebra exige al médico “velar ante todo por la salud de mi paciente” y el Código Internacional de Ética Médica estipula “El médico debe a sus paciente toda su lealtad y todos los recursos científicos disponibles para ellos”¹⁶.

Que se haya dejado atrás esta visión paternalista, no significa que el paciente quede abandonado en el proceso de tomar decisiones, sino que el médico asiste al mismo proporcionándole la información necesaria y ayudándole a cumplir lo que el paciente realmente quiere.

III.2. Precedentes de la Ley 41/2002

El Convenio de Oviedo¹⁷ trata explícitamente, con detenimiento y extensión sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información

¹⁴ “Modelos de relación de médico paciente”, op. Cit.

¹⁵ Código de Núremberg, 1947, p.1.

¹⁶ PELAEZ, José Luis, “El médico y el paciente”, en *Manual de Ética Médica*, ed. Asociación Médica Mundial, tercera edición, 2015, p. 36 en la web https://www.wma.net/wp-content/uploads/2016/11/Ethics_manual_3rd_Nov2015_es.pdf#page=38 a fecha de 14 de noviembre de 2018.

¹⁷ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

relativa a la salud de las personas, persiguiendo el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias¹⁸. En el capítulo II de este Convenio se hace referencia al consentimiento, en concreto, el precepto número 5 cuyo contenido es *una intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento*¹⁹.

La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 o Ley 14/1986 (en adelante LGS), antecedente directo de la Ley 41/2002, regulaba el consentimiento informado, en concreto en el art. 10 cuyos apartados 5 y 6²⁰, en los que se reconoce el derecho del paciente a ser informado y el deber de obtener el consentimiento previo a cualquier intervención.

En la actualidad, la Ley 41/2002²¹ es la norma básica que regula la cuestión del consentimiento informado. En concreto, en el artículo 3 define el consentimiento informado 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*, y cobra tal relevancia que la propia ley incluye un capítulo dedicado exclusivamente al consentimiento informado.

¹⁸ Exposición de motivos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹⁹ El mismo precepto señala que *Dicha persona deberá recibir una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como los riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.*

²⁰ *Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; y 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho le corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento*, estableciendo en su apartado 9 el derecho a negarse al tratamiento.

²¹ Y con ello, llevar a la realidad el art.43 de la CE donde se reconoce el derecho a la protección a la salud.

Debe apuntarse que la LAP es una ley básica, por lo que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias para el desarrollo de éstas. De hecho, algunos preceptos de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña, sobre los derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente y documentación clínica; la Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Galicia reguladora del consentimiento informado y la historia clínica, modificada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo; y la Ley 11/2002, de 6 de mayo, de la Comunidad Foral de Navarra, sobre derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica sirvieron de ejemplo para la redacción de la actual Ley 41/2002. Posteriormente se promulgaron la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Comunidad Valenciana, de derechos e información al paciente y la Ley 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León, sobre derechos y deberes de las personas en relación a la salud.

La jurisprudencia también tiene un papel relevante. Cabe destacar la STS de 12 de enero de 2001 en la que se declaró que *El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental [...] consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la auto disposición sobre el propio cuerpo*²².

La jurisprudencia ha calificado el consentimiento informado como un derecho fundamental; el derecho consiste en la autonomía de la persona para decidir por sí misma acerca de su vida e integridad física²³.

En esta misma línea se sitúa el artículo tres de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la que dentro del ámbito del derecho a la integridad física y psíquica, dispone en su punto segundo que en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento informado libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la Ley²⁴.

III.3. Consentimiento informado: concepto, requisitos y límites

²² STS 12 de enero de 2001, FJ 1.

²³ SANCHO GARGALLO, Ignacio, en “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, en InDret, en Barcelona, 2004, p.5.

²⁴ PLAZA PENADÉS, Javier, en “La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº562, 2003.

El consentimiento informado es una de las manifestaciones del principio de autonomía del paciente. El Código civil recoge que el consentimiento de las partes es uno de los requisitos esenciales de los contratos²⁵.

Podemos definir el consentimiento como la manifestación de voluntad y de la libre concurrencia de voluntades entre las partes de una relación, esto es la autonomía propia de las relaciones jurídico-privadas en los negocios jurídicos, en particular, en el contrato. Esta cuestión resulta controvertida en el ámbito médico-sanitario, porque al poder afectar los actos profesionales a derechos fundamentales como son la integridad física y moral y a la libre autodeterminación individual del paciente o usuario entre otros derechos, ese consentimiento constituye la manifestación de un derecho fundamental que, por lo tanto, debe ser respetado y protegido como tal²⁶.

El consentimiento informado no solo es la manifestación de un derecho fundamental, sino que se ha calificado como un derecho fundamental: el derecho consiste en la autonomía de la persona para decidir por sí misma acerca de la integridad física²⁷.

Por ello, cualquier intromisión en el ámbito personal, en este caso, el de la salud, tiene que ir acompañada del consentimiento del afectado, lo que necesariamente lleva a plantearnos qué capacidad ha de tener el paciente, y como consecuencia, pueda aceptar o rechazar un tratamiento médico²⁸, como se estudiará más adelante.

²⁵ El artículo 1261.1 CC recoge que no hay contrato sin que concurra el consentimiento de las partes contratantes.

²⁶ ROMEO CASABONA, Carlos, “El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: Aspectos jurídicos”, en *Problemas prácticos del consentimiento informado*, en Barcelona, 2002, p. 64.

²⁷ SANCHO GARGALLO, “Ignacio, en Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, en *InDret*, en Barcelona, abril de 2004, p.5.

²⁸ Debemos tener presente que el consentimiento del paciente solo será válido cuando, a través de la información facilitada por el facultativo, haya realizado una correcta formación del consentimiento. Por tanto, hay que concluir que es un deber informar para el facultativo y un derecho para el paciente.

Debemos tener en cuenta que la información²⁹ y el consentimiento³⁰ son elementos que van ligados y a la vez son obligaciones legales, por tanto, si alguno de ellos falta, no se podrá someter al paciente a la intervención, salvo las excepciones establecidas por la ley, debido a que supondría un menoscabo a los derechos fundamentales.

De la lectura de la ley se deduce que toda actuación en el ámbito de la salud necesita el consentimiento libre y voluntario del paciente, que por regla general será verbal, y en los supuestos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en procedimientos que suponen riesgos e inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa para la salud del paciente³¹ se recogerá de forma expresa³².

El art. 9.2 LAP establece que *los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:*

1. Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
2. Cuando existe un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

²⁹ Cuando el paciente no quiere recibir información, ha de constar la renuncia documentalmente. No obstante, se podrá obtener el consentimiento para la práctica de la intervención (art.9.1 LAP).

³⁰ Estos conceptos están tan relacionados que no puede haber consentimiento sin información, y sin información previa no se puede consentir, a no ser que se conste por escrito que no se deseó ser informado.

³¹ Art. 8.2 LAP.

³² Hay que apuntar que el paciente en cualquier momento puede revocar el consentimiento ya prestado tal y como se recoge en el apartado 5 del art. 8 LAP.

El primer supuesto se da en caso de que la salud colectiva prime frente a la salud individual. Solo podrán adoptarse estas medidas cuando concurren razones sanitarias de urgencia o necesidad y se aprecien indicios de que la situación suponga un peligro para la salud de la población. Y en caso de riesgo grave e inmediato para la integridad del enfermo, que es el que más se da, se da cuando no es posible recabar el consentimiento informado ni por él mismo, ni por sus representantes legales la demora de la intervención puede producir lesiones irreversibles³³.

Respecto a la omisión del consentimiento da lugar a una indemnización. Es decir, el médico ha actualizado diligentemente pero no ha obtenido previamente el consentimiento informado del paciente, y esa conducta no queda encuadrada en las excepciones del art. 9.2 LAP. Así únicamente nace la responsabilidad del sanitario cuando del procedimiento no consentido se han derivado daños corporales, sean físicos o psíquicos; en tanto que si ha sido satisfactoria podría haber consecuencias de carácter disciplinario³⁴.

Respecto al quantum indemnizatorio, no existe unanimidad jurisprudencial a los efectos de determinar la indemnización correspondiente. No obstante, resulta interesante destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 948/2011 de 16 de enero, en la cual se apunta que debe distinguirse a la hora de fijar la indemnización entre si estamos ante un supuesto de mala praxis médica probada o si simplemente nos hallamos con que no se ha informado debidamente al paciente de los riesgos o consecuencias inherentes y posibles, derivados de la intervención o tratamiento. Esta sentencia adopta la solución de aplicar el baremo de accidentes de circulación por analogía y aplicar un factor de corrección del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del daño valorado, en aquellos

³³ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, en “El consentimiento informado, Su evolución jurisprudencial”, en *XVI Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, 2009.

³⁴ CADENAS OSUNA, Davinia, en “Responsabilidad civil por omisión del consentimiento informado. Requisitos esenciales: daño, nexo de causalidad y negligencia”, en *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, publicado por el Boletín Oficial del Estado, 2018, pp.345-346.

casos en que la actuación médica ha sido correcta y la indemnización proviene de la pérdida o privación de oportunidad al paciente³⁵.

³⁵ AGULLÓ SOLER, Andrea de IURIS RIERA ADVOCATS <http://www.urisriera.com/la-omision-o-defecto-en-el-consentimiento-informado/> a fecha de 3 de noviembre de 2018.

IV. CAPACIDAD DEL MENOR PARA DECIDIR

IV.1. Planteamiento general

Como ya sabemos, la capacidad de obrar es el principio necesario para la validez y eficacia del consentimiento, teniendo la capacidad adecuada los mayores de edad no incapacitados³⁶.

La capacidad se va adquiriendo por el transcurso de la vida, presumiendo que a partir de la mayoría de edad se ha adquirido la capacidad completa para regirse por sí mismo. Por ello, el Estado establece un sistema de normas que establece, por un lado, unos medios para facilitar la protección de los más vulnerables, y por otro, para la defensa de sus intereses, lo que remite a la condición del menor como sujeto pleno de derechos fundamentales y a la patria potestad y la tutela como instituciones que deben ejercerse en interés del menor³⁷.

Ciertamente, el ordenamiento reconoce que los derechos se pueden ejercitar cuando una persona es capaz de disfrutarlos, a excepción de los derechos de carácter personalísimo que son ejercitables y propios del individuo desde el mismo en el que nace. La autonomía del menor viene determinada por las condiciones de madurez que le permitan tomar las decisiones por sí mismo y realizar los correspondientes actos con la misma independencia³⁸. Sin embargo, a partir de ciertas edades, el individuo pueda realizar actos de relevancia jurídica. El apartado segundo del artículo dos de Ley 14/2010, sobre los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia, indica quienes debemos considerar “niño” y a quienes “adolescente”, *se entiende por niño la persona menor de doce años y por adolescente la persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría establecida por la Ley.*

³⁶ Art. 322 y 1263 CC.

³⁷ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, en “Consentimiento informado y minoría de edad”, en *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, ed. Dykinson, en Madrid, año 2012, pp. 77 y 78.

³⁸ CANO RUIZ, Isabel, en “La libertad religiosa del menor”, en *La libertad religiosa de los menores en centros de internamiento*, dirigido por RODRIGUEZ BLANCO, Miguel, ed. Comares, Granada, 2012, p.120.

A continuación podemos ver un ejemplo de esta progresión³⁹:

A partir de los 12 años	Tienen derecho a ser consultados y escuchados antes de tomar una decisión que afecte a su persona o a su patrimonio.
A partir de los 13 años	Se les reconocía el consentimiento de mantener relaciones sexuales (actualmente se ha situado el consentimiento en los 16 años).
A partir de los 14 años	Pueden casarse con dispensa judicial. Actualmente se ha situado la dispensa en los 16 años. No se puede informar a sus progenitores sin su consentimiento si no hay situación de riesgo grave.
A partir de los 16 años	Pueden emanciparse. Se les reconoce el consentimiento para mantener relaciones sexuales. Pueden trabajar con consentimiento de sus padres o representantes legales si no viven de manera independiente Podían dar su consentimiento médico, en particular en la interrupción del embarazo.

Por tanto, los menores, los menores emancipados y los incapacitados necesitan de sus padres o de un representante legal que complemente su falta de capacidad, tal y como se prevé en la ley, siempre deben actuar velando por el bienestar del menor⁴⁰.

El menor está sometido a la representación legal de sus progenitores, titulares de la patria potestad respecto a él⁴¹, o en su defecto, al tutor⁴². Y en virtud del artículo 154 CC pueden actuar en nombre de él sin recabar su voluntad.

³⁹ Cuadro extraído de Intervención con adolescentes que viven o ejercen relaciones afectivas-sexuales abusivas u otras manifestaciones de violencia machista desde los servicios públicos de la ciudad de Barcelona que proporcionan una atención de tratamiento en situaciones de violencia machista. Ajuntament de Barcelona i Consorci de Serveis Socials de Barcelona, 2014.

⁴⁰ Hay que apreciar que en el proceso de toma de decisiones en caso de padres separados o divorciados puede generar conflictos y discrepen sobre la decisión final.

⁴¹ Art. 154 CC.

El menor sujeto a tutela es el que no está emancipado y no está sujeto a la patria potestad de los padres (ar. 222 CC).

La tutela absorbe por tanto las situaciones en las que el menor debe estar sujeto a la patria potestad y no lo está, porque no hay progenitores o porque habiéndolos estos no ejercen o no pueden ejercer sus funciones debidamente, y las hipótesis de limitación de la capacidad de obrar, cuando el juez así lo decida. Estos hechos son determinantes de la tutela pueden ser puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial por quien tuviere noticia de ellos posibilidad que se transforma en obligación en los casos de los parientes del menor o incapaz, o de la persona bajo cuya guarda esté, so pena de responder solidariamente de los daños que se produzcan de no hacerlo así⁴³.

Llama la atención que el representante legal pueda tomar cualquier decisión sin necesidad de conocer la voluntad del menor, ya que el artículo 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor reconoce *que el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*⁴⁴

Como el menor de edad no es un sujeto sin derechos, la legislación ha de ser acorde a esta realidad. La Ley 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del Menor considera a los menores como sujetos de derechos y así se recalca en el artículo dos, que lleva por título *Interés superior del menor, 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas*

⁴² Art. 267 CC.

⁴³ BERCOVITZ, Rodrigo, en Manual de Derecho civil. Derecho de familia, ed. BERCAL, en Madrid, 2018, pp. 266 y 267.

⁴⁴ Redacción del artículo 9 de la LOPJM conforme a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

concernientes a los menores que adopten las instituciones publicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

Por tanto, podemos concluir que están implicadas tres partes: el menor, sus padres o tutores y los facultativos, y que siempre deben actuar velando por el bienestar del menor. Además los médicos que asisten al menor, desempeñan el papel más importante, porque son quienes valoran el estado psíquico del menor y así determinar si son lo suficiente maduros para tomar decisiones por sí mismos o no⁴⁵.

El consentimiento informado por representación se da, cuando a criterio del facultativo, el paciente no es capaz de tomar decisiones, siempre en interés del menor.

Por otra parte, el menor emancipado es aquel cuya capacidad de obrar queda asimilada a la de un mayor de edad, es decir, queda liberado de la patria potestad que venían ejerciendo sus padres o tutores respecto a ellos (314 CC). Para ello es necesario que el menor tenga los 16 años y que la consienta, conste en escritura pública o por comparecencia ante el juez encargado del Registro (317 CC).

El art. 2 de la LOPJM define el interés superior de menor, pero ciertamente los progenitores o representantes escogen decisiones que no siempre van a coincidir con la del menor.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 26/2015, de 28 de julio, modificó la Ley de Autonomía del Paciente respecto al consentimiento que pueden otorgar los menores emancipados o mayores de 16 años en actuaciones de grave riesgo para la salud o la vida. En concreto, el cambio afectó al art. 9.3 c)⁴⁶, introduciendo el nuevo apartado 4 del artículo 9, dando como resultado que no

⁴⁵ También el artículo 6.2 del Convenio de Oviedo prevé que “cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta solo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley”.

⁴⁶ 3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece

se pueda otorgar el consentimiento por representación en tanto el menor esté emancipado o sea mayor de 16 años, salvo que cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

Hay que resaltar que cuando las decisiones tomadas por su representante legal sean contrarias a los intereses del menor, habrá que ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, y en su caso, adopte una resolución.

No obstante, cuando no sea posible recabar la autorización judicial, los facultativos deberán adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente⁴⁷.

También nos podemos encontrar la circunstancia de que los padres estén separados y tengan que otorgar consentimiento por representación en favor de su hijo, pero suelen surgir discrepancias entre los mismos. El art.156 CC establece que *“La patria potestad suele ejercitarse por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que se realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.*

Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos.

de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) *Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.*

c) *Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.*

⁴⁷ Art. 9.6 LAP

Sin embargo, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos progenitores podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez, y en tocado, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años⁴⁸.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

A partir de la lectura del artículo 156 CC, los progenitores ejercen la patria potestad en beneficio de los hijos, por lo que cuando un padre o una madre lleva a su hijo al médico, lo hace con el consentimiento del otro, porque lo hace en beneficio del menor. Pero cuando el facultativo tenga certeza de que el progenitor actúa sin el consentimiento del otro, necesitará de una resolución judicial. Carrasco Sanz recomienda que “*Cuando la urgencia de la situación no permita mayor de mora, actuaremos conforme a la Lex Artis, buscando el interés del menor aun en contra de la opinión de uno (o de los dos) padres. Cuando, como en el citado caso de las vacunas, puede esperarse se pondrá el caso en manos del Juez. Este es el señalado por el Código Civil para dirimir las disputas entre los cónyuges, estén separados o no. Y cuando la discrepancia sea permanente, el juez puede conceder a uno de ellos la capacidad de decisión habitual, tal como señala el artículo 156 del Código civil, “el juez después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior*

⁴⁸ Artículo 156.II CC

recurso de la facultad de decidir al padre o a la madre”. En la consulta día a día, para decisiones de escasa relevancia, sobre todo cuando lo que se pide del padre o madre es que acepte la intervención propuesta para atender al hijo, bastará con obtener el consentimiento de uno de ellos. Como indica el Código civil en el citado artículo, “respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinaria de la patria potestad con el consentimiento del otro”⁴⁹.

Cuando sea necesaria la intervención de la autoridad judicial, es recomendable que se aporte un informe médico donde se haga constar la necesidad de aplicar determinado/s tratamiento/s lo que podrá ayudar a la autoridad judicial dilucidar sobre la cuestión planteada⁵⁰.

También si surgen conflictos entre la voluntad del menor y la de sus padres o representantes legales, la voluntad del menor deberá prevalecer, ya que afecta directamente a los derechos de la personalidad.

IV.2. El menor maduro

Consideramos que una persona es madura cuando tiene capacidad para tomar decisiones por sí misma⁵¹; un menor maduro es aquel con capacidad intelectual y volitiva suficiente para implicarse en la toma de decisiones referentes a su persona.

En la legislación se contempla distintas mayorías de edad como puede ser la médica (a partir de los 16 años) o la penal o administrativa (18 años) pero no una edad en la que se alcance la “madurez”. En todo caso, a partir de los 12 años el menor debe ser escuchado, es decir, se considera que tiene suficiente madurez, y tratándose de menores

⁴⁹ CARRASCO SANZ, Ángel, en “Aspectos legales de la atención al menor. Introducción”, en *AEPap ed. Curso de Actualización Pediatría*, Madrid, 2010, p.293-294.

⁵⁰ http://www.guiasalud.es/egpc/depresion_infancia/completa/apartado10/aspectos_legales.html a fecha de 27 de octubre de 2018.

⁵¹ En la Observación General número 12 sobre *el derecho del niño a ser escuchado* del Comité de Derechos del Niño señala que el término “madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño.

emancipados o cumplidos los dieciséis años el paciente menor de edad adquiere la mayoría de edad sanitaria⁵².

El problema que surge en la etapa de los doce a dieciséis años es que la decisión puede llegar a ser vinculante dado que el facultativo está obligado a escuchar al menor, aunque la última palabra la tengan los progenitores. La entrevista entre el menor y el facultativo será esencial para determinar si el menor es lo suficiente capaz para decidir lo que le conviene o quiere. Habrá que comprobar hasta qué punto el menor es capaz de asimilar la información que se le transmite, razones y deliberar, y de valorar anticipadamente los riesgos y o beneficios que podrían derivarse de la decisión que tome⁵³. Si tras el análisis, se considera que el menor tiene suficiente madurez, habrá que respetar su decisión⁵⁴.

Del mismo modo, la teoría del menor maduro entiende que si estamos ante menores de 12 años, habrá que tener en cuenta su opinión aunque no sea vinculante.

⁵² Contrasta con la redacción del art.9 conforme a la ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que recoge que *el menor tiene que ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opciones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*

⁵³ DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen, “El consentimiento informado en menores y adolescentes: contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas”, en *Información psicológica*, nº 100, de septiembre a diciembre de 2010, páginas 60-67. P.5

⁵⁴ Vuelvo a destacar el deber de información del facultativo hacia el menor de edad. En estos casos, suele darse un paternalismo injustificado entre el médico y un menor de edad. Y cuando esa falta de información pueda producir un grave riesgo para la salud, sí se considerará una vulneración al art. 15 CE respecto a la integridad física o psíquica o ambas.

V. RELIGIÓN Y SALUD

El multiculturalismo se ha asentado en la sociedad española. Ello ha generado cambios en nuestro ordenamiento jurídico en un intento de integración y adaptación, incluida la sanidad, ya que las tradiciones étnicas o creencias religiosas se están imponiendo al criterio médico⁵⁵. Por ejemplo, que la mujer musulmana sea asistida por un facultativo mujer en lugar de hombre.

En relación al menor de edad, dependiendo de las circunstancias que se vinculen al caso, los progenitores (o tutores) pueden negarse o rechazar a que el menor reciba el tratamiento propuesto por el facultativo debido a esas convicciones religiosas, contrapuesto al deber del médico a preservar la vida y actuar conforme la *lex artis*.

El derecho a la libertad religiosa está reconocido en todos los textos internacionales. La Constitución Española garantiza en el artículo 16 el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto de los individuos y colectivos, sin más limitación que la necesaria para mantener el orden público⁵⁶, y profesando libremente sus creencias religiosas⁵⁷.

Como consecuencia de este reconocimiento, los poderes públicos tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, hospitalarios, asistenciales, etc.⁵⁸.

Sin embargo, los poderes públicos tienen un deber de abstención dentro del ámbito familiar. Sobre los progenitores recae el deber de educar y formar a sus hijos, previsto en el art. 39.3 CE, que se complementa con el derecho que le asiste para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo a sus propias convicciones

⁵⁵ También influirá la posición que otorgue el enfermo al médico. Para explicarlo pondremos un ejemplo, una persona mayor debido a la educación recibida, acata lo que dice el médico, en cambio, una persona algo más joven y que no solo se conforme con lo que el médico le diga, ya que tenemos la percepción de que es “un igual”, hará un análisis más profundo de las circunstancias en las que se encuentra y no dejará que el médico decida por él.

⁵⁶ Artículo 16.1 de la Constitución Española

⁵⁷ Art. 2.1 a) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

⁵⁸ Artículo 2.3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

(art.27.3 CE)⁵⁹, que no encuentra más límite que la protección del propio interés sobre el que se ejerce la patria potestad⁶⁰.

Por tanto, el precepto reconoce que todo paciente pueda rechazar el tratamiento médico contrario a sus creencias religiosas. Este hecho, en el ámbito sanitario, se produce con relativa frecuencia; y también debemos señalar que no solo se reconoce al paciente, el equipo médico también puede negarse a prestar un tratamiento médico, lo que conocemos como objeción de conciencia de los profesionales sanitarios.

El supuesto de rechazo de tratamiento por parte de pacientes adultos por motivos religiosos o creencias suele orientarse a un supuesto de objeción de conciencia⁶¹.

Realmente no estamos ante este supuesto, sino que el paciente decide con plena libertad para consentir la intervención o rechazarla⁶².

Así decae tal afirmación porque la autonomía y dignidad del paciente prevalecen sobre el deber del médico de curar al paciente y mantenerlo con vida⁶³, aunque Asensio Sánchez aclara que *no es que haya una prevalencia, sino que hay que conciliar el deber del médico con el respeto a la autonomía y dignidad del paciente*.

Antes de la LAP actual no se podía rechazar el tratamiento médico porque prevalecía el deber de velar por la vida del paciente a su propia voluntad. De hecho, el Tribunal Constitucional se inclinaba a favor de los deberes de los médicos frente a los

⁵⁹ VALERO HEREDIA, Ana, en “El interés del menor como bien dotado de una superior categoría jurídica”, en *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad*, ed. Universitat de Valencia, p.45, 2004.

⁶⁰ VALERO HEREDIA, Ana, op.cit. p.46.

⁶¹ ROMEO CASABONA, Carlos, *El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos*. El autor opina que *para las personas pertenecientes a los Testigos de Jehová el rechazo a la sangre tiene un fundamento esencialmente religioso, lo demás es secundario y desviar el núcleo del sistema*, en tanto que a veces los líderes religiosos alegan que la sangre es un vehículo de transmisión de enfermedades.

⁶² Para la mayoría de la doctrina no es un verdadero supuesto de objeción de conciencia porque no existe una norma jurídica como tal que *obligue al ciudadano a tener buena salud*, y ya tenemos la LAP como instrumento que prevé el supuesto de rechazo. ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, En “La objeción a los tratamientos médicos como manifestación de la libertad religiosa”, en *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, pp. 203 y 204.

⁶³ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, op.cit. p.205.

derechos del enfermo y, por lo tanto, justificaba la aplicación forzosa del tratamiento en base a que actuaba amparado al art. 20.5 CP (estado de necesidad)⁶⁴.

En las religiones aparece un código ético o una visión religiosa, acerca del devenir del hombre y su carácter trascendente, que no coinciden ni con la ética social o de Estado ni con las opciones religiosas existentes en la sociedad⁶⁵.

Las confesiones religiosas consideran que la vida es un valor superior, incluso valoran la vida como un don de Dios.

Por ejemplo, en el islam “la medicina ocupa un lugar preeminente, pues la conservación y recuperación de la salud es uno de los mayores dones que Dios ha dado al hombre”⁶⁶, así “la Medicina del Profeta nace en los primeros años del Islam como legitimación de la medicina en tanto que la ciencia y a su vez instrumento sancionador de las prácticas opuestas a la religión”⁶⁷.

En el judaísmo la vida humana es uno de los principios cardinales y en aras de preservar, se permite no acatar la Torá, excepto las prohibiciones en contra de la idolatría, de la inmoralidad sexual del asesinato⁶⁸.

El supuesto concreto de los Testigos de Jehová será tratado en otro apartado de este trabajo ya que tiene una gran transcendencia por los pronunciamientos judiciales que resultan de su oposición a las intervenciones médicas.

V.1. La libertad religiosa del menor

El menor de edad como sujeto de derechos, puede ejercitar o no el derecho a la libertad religiosa, sin más limitación que las establecidas por la ley o aquella que venga

⁶⁴ ROVIRA, Antonio, *Principales derechos afectados por la falta de consentimiento*, en *Autonomía personal y tratamiento médico*, p.147.

⁶⁵ MORENO BOTELLA, Gloria, en “Negativa a los tratamientos médicos”, en *Libertad religiosa y derecho sanitario*, coordinado por Isidoro Martín Sánchez, Madrid, 2007, p.142.

⁶⁶ <https://funci.org/la-medicina-del-profeta-y-la-bioetica-actual/> a fecha de 10 de enero de 2019.

⁶⁷ Op. Cit.

⁶⁸ <https://www.tora.org.ar/que-es-la-salud/?highlight=principios%20basicos> a fecha de 10 de enero de 2019.

dada por su grado de madurez⁶⁹. La libertad religiosa es un derecho de la persona que corresponde a la persona por el mero hecho de serlo.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este sentido “desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, son que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que el respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guardia y custodia o, como en este caso, su patria potestad”⁷⁰.

Como indica Ana Valero “la autonomía de los padres en el ejercicio de la misma está limitada por el intereses más elevado del menor y por su estricto beneficio”⁷¹

Tenemos por un lado, que los padres, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, han transmitido a su hijo sus convicciones religiosas, así les habilita el art. 2.1 apartado c de la LOLR que reza *elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*. Y por otro lado, el menor ejercitando su derecho de libertad religiosa reconocido en el art. 6 LOPJM, y en particular su apartado 3 que dispone que *los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad [libertad religiosa] de modo que contribuya a su desarrollo integral*.

Ello significa que los padres o tutores son los que ponen los cimientos para que los menores puedan formar su propia conciencia religiosa a partir de esa información y educación recibida, no pudiendo nunca sustituir el derecho de libertad religiosa propio del menor. Por tanto, los representantes legales del menor no han de olvidar que unos y otros son titulares del derecho de libertad religiosa.

En tanto que el menor es titular del derecho de libertad religiosa produce que la actuación de los progenitores titulares de la patria potestad se vea limitada.

⁶⁹ Hay que advertir que A veces será difícil discernir si el menor está ejercitando este derecho por su propia convicción o conciencia o por mera influencia de los representantes legales.

⁷⁰ SSTC 141/2000, FJ 5 y 154/2002, FJ 9.

⁷¹ Valero Heredia, Ana, en *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad: un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*, ed. Universitat de Valencia, Valencia, 2004, p. 46.

V.2. La negativa del menor

La libertad religiosa permite actuar al sujeto conforme a sus propias convicciones religiosas, con la única garantía de que el Estado le proteja cuando quiera ejercitar aquella libertad.

Como hemos dicho anteriormente, el menor de edad no es capaz de otorgar consentimiento por sí solo, necesita de sus progenitores o tutores legales para consentir o, en su caso, rechazar un tratamiento médico cuando son menores de 12 años, entre los 12 a 16 años cuando el menor no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (aunque sí que tienen que ser escuchados), o en el caso concreto de interrupción de embarazo las menores dependerán completamente de sus representantes legales⁷².

La representación legal legitima a los progenitores titulares de la patria potestad y al tutor actuar por el hijo o tutelado menores de edad, siempre en defensa de sus intereses, aunque muchas veces sin contar con su voluntad.

El médico se va a encontrar un grave conflicto porque se pone en juego la vida y la salud del paciente, que tiene un factor añadido cuando se es un menor de edad.

Por un lado, nos encontramos que el facultativo, en su deber de velar por la salud de su paciente y actuando conforme a la *lex artis*, quiera mantener a su paciente con vida por todos los medios, y más un menor de edad que le queda una vida por delante. Por otro lado, nos encontramos a un menor de edad (salvo que estemos en los supuestos de mayoría sanitaria legal o que el facultativo haya determinado que es lo suficientemente maduro), que no puede decidir por sí mismo y sus representantes legales deciden en base a sus convicciones religiosas.

Si nos encontramos en la tesitura de que la negativa de los padres o de los representantes legales a autorizar una intervención comporta un grave peligro para la vida del menor, el médico podrá proceder a realizarla. Pero si no existe tal riesgo o puede esperar, el facultativo tendrá que acudir a la autoridad judicial.

⁷² Y se da el supuesto particular de “grave riesgo” para la salud o vida del menor, en el que a juicio del facultativo, se podrá informar a los representantes legales y su opinión será tenida en cuenta.

En el supuesto de que nos encontremos con un menor maduro o emancipado o mayor de dieciséis años que fundamenta su negativa a una intervención en motivos religiosos, hace que el conflicto entre la libertad del individuo sobre su cuerpo y su propia vida respecto a su libertad religiosa sea aun mayor.

En España se dio la STC 154/2002, de 18 de julio, que tuvo gran repercusión al reconocerse a un menor de trece años el derecho a negarse a recibir un tratamiento médico por motivos religiosos. Los hechos acaecieron el tres de septiembre de 1994, un menor de trece años llamado Marcos cayó mientras montaba en bicicleta. A consecuencia de la caída sufrió lesiones en su pierna a las que no se le dio importancia. Su salud empeoró días después y fue trasladado por su madre a la Policlínica de la Fraga (Huesca), donde se le aconsejó acudir al Hospital de Lérida. Una vez allí y tras las pruebas pertinentes, los facultativos prescribieron realizar una transfusión sanguínea, manifestando los padres que su religión no permitía este tipo de intervención. Ante la negativa, los médicos y el centro acudieron al Juez de Guardia y solicitaron autorización para la práctica de la transfusión, que el Juez autorizó. Cuando iban a intervenir al menor, éste reaccionó con auténtico terror, por lo que se interrumpió el intento porque se estimó que era contraproducente para la salud del menor. El Hospital pidió a los padres que convencieran al menor para que accediera a la transfusión, a lo que se volvieron a negar. La familia solicitó el alta voluntaria, se le concedió y trasladaron al menor a otro hospital. En el Hospital Universitario Vall D'Hebrón de Barcelona también consideraron que lo más conveniente para el menor era una transfusión, a lo que de nuevo, el menor y la familia manifestaron su negativa. Tras la intervención del Ministerio Fiscal, se ordenó la entrada al domicilio familiar, se trasladó al menor otra vez al Hospital. Finalmente, se le realizó la transfusión autorizada judicialmente, que no dio resultado y el menor falleció.

El menor expresó con claridad su negativa, que a su vez coincidía con la de sus padres (cuya conducta fue condenada penalmente). El menor ejercitó su derecho de autonomía de la voluntad.

Los Testigos de Jehová aceptan la atención médica pero rechazan todos aquellos tratamientos que violan los principios bíblicos, aunque dejan la puerta abierta que el

creyente decida si quiere recibir el tratamiento o no⁷³. *Un Testigo de Jehová se abstiene de la sangre por respeto a Dios, quien les da la vida*⁷⁴

Esta sentencia todavía despierta controversias ya que reconoció el derecho de un menor de trece años la posibilidad de negarse a la práctica de una transfusión por motivos religiosos.

Hay autores que no están de acuerdo con el resultado de esta sentencia. Por ejemplo, Vicente Bellver opina que “el Tribunal Constitucional debería haber afirmado con mayor rotundidad dos principios; en primer lugar, que las decisiones de los menores que atentan contra sus vidas no deben tener efectos jurídicos porque la vida es un valor superior del ordenamiento jurídico y un derecho del menor que los poderes públicos tiene que defender incluso frente a los propios actos del menor, y en segundo lugar, que se debe presumir *iuris et de iure* la imposibilidad de discernir si un menor tiene o no la madurez necesaria para tomar una decisión que traiga como efecto su propia muerte”⁷⁵. Hace hincapié en que si el menor tiene la “madurez necesaria”, habrá que respetar su decisión.

Así opina que el Tribunal no ofrece una justificación sólida de esta decisión que explique el trato diferenciado entre de la CE ante la negativa a un tratamiento vital en un adulto y un menor⁷⁶, por lo que entiende que esa decisión del TC sólo puede ser conforme a la CE si se basa en la presunción *iuris et de iure* de la imposibilidad de saber con total seguridad que un menor tiene la madurez de juicio para valorar el significado y alcance de su negativa a un tratamiento vital⁷⁷.

⁷³ <https://www.jw.org/es/testigos-de-jehov%C3%A1/preguntas-frecuentes/testigos-de-jehov%C3%A1-transfusiones-de-sangre/> a fecha de 10 de enero de 2019.

⁷⁴ Génesis 9:4, Levítico 17:14 y Hechos 15:20.

⁷⁵ BELLVER, Vicente, “El derecho a la libertad religiosa y a la integridad física del menor, en ¿Derecho a la libertad religiosa vs. Derecho a la vida?”, en *Persona y Derecho*, nº 54, pp.310 y 311.

⁷⁶ Ante el supuesto de un menor de edad prevalece el derecho a la vida sobre su derecho a la libertad religiosa.

⁷⁷ BELLVER, Vicente, en *Valoración de la STC 154/2002*, op.cit. pp. 318 y 319.

Rosana Corral García opina que un menor de trece años no puede decidir en los supuestos en los que pone en riesgo su vida, si no puede a la misma edad ni casarse ni disponer de los bienes⁷⁸ a la edad de trece años.

También hay que señalar que en esta sentencia, el TC olvida que los médicos tienen la posibilidad de determinar el grado de madurez de un menor y tenerla en cuenta. Por lo que cabe deducir que considera la vida como valor superior.

María Moreno Antón señala que “cuando la intervención es de bajo riesgo y su rechazo pone en serio peligro la vida del menor, los efectos de la decisión son de tal envergadura que el principio bioético de beneficencia y el efecto tutelar del Ordenamiento hacia la minoridad deberían primar sobre el de autonomía, y por ello la ley debería reforzar la capacidad necesaria para adoptar la decisión, bien exigiendo el concurso de terceras personas, bien retrasando la plena competencia hasta la mayoría de edad. Hay que tener en cuenta que la decisión de no transfundirse tiene consecuencias extremas e irreversibles, y en cambio, las creencias que la sustentan no son definitivas y pueden ser objeto de futura modificación⁷⁹”.

Ante la posibilidad de que los facultativos se puedan encontrar por un lado, que han de velar y salvaguardar la vida del menor, y por otro lado, que tienen que respetar la voluntad del paciente en rechazar un tratamiento, la Fiscalía General del Estado ha elaborado la Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante las transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

La Circular 1/2012 destaca dos situaciones⁸⁰:

- 1) Los menores sin capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención.
- 2) Los menores con capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención o “menores maduros”.

⁷⁸ CORRAL GARCÍA, Rosana, en “STC 154/2002: la negativa a una transfusión sanguínea a un menor de edad con el resultado de su muerte”, en *Anuario de Facultade de Dereito*, 2004.

⁷⁹ MORENO ANTÓN, María, en “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2011, p.114.

⁸⁰ Situaciones tal y como vienen redactadas en la Circular 1/2012.

En el primer caso, los representantes legales son quienes han de otorgar el consentimiento en tanto el menor no tenga 16 años, y siempre escuchando aquel sujeto que tengan los 12 años. Hay que añadir que puede darse que el facultativo considere que el menor tiene madurez suficiente y pueda decidir por sí mismo.

En el segundo caso, los menores entre 16 y 17 años no incapaces, emancipados y los menores que tengan madurez suficiente a criterio médico, podrán prestar su consentimiento sin más

Siempre quedará la voluntad del menor a merced del representante legal cuando se dé una situación de “grave riesgo”, ya que los padres tendrán que ser informados y su opinión será tenida en cuenta.

Por lo que después de haber analizado la Circular 1/2012 son varios supuestos a los que nos podríamos enfrentar y a los que aplicaría las siguientes soluciones:

A) Los padres del “menor no maduro” consienten la intervención.

El facultativo practicará la intervención sin consecuencias.

B) Los padres del “menor no maduro” no consienten la intervención.

El facultativo tendrá que solicitar una autorización al juzgado de guardia o a través del fiscal.

No obstante, el sanitario podrá practicar directamente el tratamiento cuando la negativa por parte de los representantes genere grave riesgo para la salud, amparando su actuación en el cumplimiento de un deber y estado de necesidad.

C) El “menor maduro” consiente pero sus representantes se oponen.

La mayoría de edad sanitaria permitiría al menor decidir por sí mismo (salvo en el supuesto de intervención del embarazo que veremos más adelante). Por tanto, ni necesita de sus representantes legales ni de autorización judicial.

D) Tanto el “menor maduro” como sus representantes legales se oponen.

El facultativo se ve obligado a acudir al juez directamente o a través de la Fiscalía, pero si la vida del menor corre grave riesgo y no puede esperar una autorización, se ve amparado por una causa de justificación, en concreto, en el cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

E) El “menor maduro” con grave riesgo para su vida se opone pero sus representantes legales son favorables.

En este caso, el facultativo puede llevar a cabo la intervención sin necesidad de acudir al juez. En cambio, si se pudiese esperar, ha de acudir al juez de guardia directamente o a través del fiscal para preservar la voluntad del paciente menor de edad.

En cualquier caso, el fiscal ha de emitir un dictamen con carácter preferente y urgente y promover un expediente de jurisdicción voluntaria. Así, tal y como señala la Circular 9/2015, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, que cuando la actuación es de carácter urgente⁸¹, será posible habilitar días y horas o acudir al Juzgado de Guardia⁸².

⁸¹ Ar. 131.2 LEC.

⁸² Art. 70 LEC.

VI. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN MENORES DE EDAD

VI.1. La interrupción voluntaria de embarazo

Uno de los logros jurídico-histórico conseguidos por la mujer es la despenalización del aborto.

El aborto es la interrupción de un embarazo, sea a petición de la mujer o sea de forma espontánea. Cuando nos encontremos en el primer caso, estamos ante el supuesto de interrupción voluntaria del embarazo o IVE.

En el año 1985 se introdujo una modificación del Código Penal de 1973. La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, modificó el Código Penal de 1973, cuyo artículo 417 bis se redactó de la siguiente forma:

El artículo 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

«1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2.ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea

emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.»

Hasta ese momento la legislación establecía un sistema de supuestos en los que la mujer estaba legitimada para abortar.

En la actualidad, hemos pasado de una redacción de supuestos a un sistema de plazos:

Artículo 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

- a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.*
- b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.*

Artículo 15. Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que*

la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

Además hay un cambio ideológico aún mayor tal y como se reconoce en el art. 12 de la LO 2/2010: el aborto es un derecho de la mujer como parte del derecho propio de la mujer a la salud sexual y reproductiva.

Así ante el aumento de los embarazos no deseados en las adolescentes se ha abierto un debate respecto a quien le corresponde otorgar el consentimiento para practicar la interrupción del embarazo: al representante legal o a la menor.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo en su disposición final segunda deroga el art. 9.4 LAP en lo relativo a la capacidad para prestar consentimiento al aborto⁸³ y recoge las condiciones de la interrupción del embarazo en el Capítulo I del Título II “De la interrupción voluntaria del embarazo”. En concreto, en el art. 13 señala los requisitos *necesarios* en los que ha de practicarse el aborto:

- 1) Ha de practicarse por médico especialista.
- 2) Ha de llevarse a cabo en un centro acreditado, denominadas “Clínicas IVE”, ya sean de ámbito público o privado.
- 3) Es necesario el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada, o en su caso, del representante legal como señala la Ley de

⁸³ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, en “Aborto de la menor con la edad legal”, en *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2012, p.155.

41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica⁸⁴.

Asimismo, todas las mujeres mayores de dieciocho años podrán elegir abortar y sin alegar una causa específica, dentro de las primeras catorce semanas, siempre que concurren los requisitos del art. 14 que son haber informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y que hayan transcurrido al menos tres días desde que se le facilite la información descrita anteriormente y la realización de la intervención.

Excepcionalmente, el art. 15 señala que podrá interrumpirse el embarazo cuando:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

Debe observarse el profesional sanitario implicado tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia, solo que queda ha de notificarlo con antelación suficiente y por escrito para garantizar la prestación a la mujer.

VI.2. El aborto en menores de edad entre 16 y 17 años

En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, en el año 2015 se suprimió el apartado 4 del artículo 13 que rezaba así:

⁸⁴ Salvo en los supuestos excepcionales en los que puede prescindirse del consentimiento que señala la misma Ley en el art.9.2 b) LAP.

“Cuarto. – En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.”

Las menores de 16 y 17 años podían decidir por sí mismas si se sometían a la interrupción del embarazo o no, y solo necesitaban informar al menos a uno de sus representantes legales, o saltarse este requisito en tanto que se alegara alguna circunstancia de las anteriores citadas.

La Ley de interrupción de embarazo del 2010 estaba más en consonancia con lo que predica la Ley de Autonomía del Paciente, que sitúa la mayoría de edad legal para consentir o rechazar un tratamiento médico en los dieciséis años.

La reforma de la Ley provoca que las menores de 16 y 17 años queden a merced de sus representantes legales porque éstos son los que van a dar su consentimiento para que las menores embarazadas puedan abortar.

En palabras de Asensio Sánchez, la fijación de la edad de 16 y 17 años tiene una importante significación jurídica como es el limitar el aborto de las menores solamente a los supuestos en que tengan cumplidas dichas edades, con lo que está excluyendo a las menores emancipadas, que no tengan cumplidos a los dieciséis años, y a las menores de menos de dicha edad aunque tengan la suficiente madurez⁸⁵.

Y en caso de conflicto entre la menor embarazada y sus representantes legales, tendremos que acudir a la autoridad judicial, éste tendrá que escuchar a la menor⁸⁶.

⁸⁵ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, en “Aborto de la menor con la edad legal”, en *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, ed. Dykinson S.L., en Madrid, 2012, p. 156.

⁸⁶ Recordemos que el menor a partir de doce años tiene que ser escuchado.

VI.3. El aborto en menores de edad de 16 años

De acuerdo al art. 6.2 del Convenio de Oviedo “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. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”.

Las menores de dieciséis años necesitan de sus representantes legales para abortar, siempre actuando conforme al interés superior del menor. Por otra parte, la menor de 12 años en adelante deberá ser escuchada tal y como se recoge en la legislación, porque aunque la menor “no pueda decidir” no quiere decir que no opinar acerca de esta circunstancia. Según este precepto del Convenio de Oviedo, habría que realizar un examen de su grado de madurez y permitir que decidan por sí mismas, pero lo más usual es que se deje en manos de los progenitores o de los tutores legales, aunque también se podrá acudir a la vía judicial en caso de que la menor no comparta la decisión de sus representantes.

VII. CONCLUSIONES

1º Se ha abandonado el paternalismo justificado que ejercían los médicos sobre los pacientes, y ha dado paso a que éstos últimos decidan por sí mismos respecto de su vida e integridad física y psíquica.

2º El principio de autonomía de la voluntad se fundamenta en la dignidad de la persona humana y la libertad de decisión junto al respeto a la autonomía de su voluntad, que se refleja en el derecho del paciente a decidir entre las opciones clínicas disponibles, y el derecho a negarse al tratamiento sin más limitaciones que las previstas en la Ley.

3º Este principio se plasma en el consentimiento informado.

4º El consentimiento informado es la manifestación de la voluntad del sujeto dentro del ámbito sanitario. Tiene la consideración de derecho fundamental. Y deberá ser prestado de forma libre y voluntaria tras haber recibido la información previa suficiente a la práctica médica que se vaya a llevar a cabo.

5º La LAP es la norma básica que regula la cuestión del consentimiento informado. Sin consentimiento no se puede someter tratamiento médico o intervenir a un paciente. Además, previamente al consentimiento, se ha de dar la información suficiente que permita al paciente decidir por sí mismo.

6º Considera que todos los pacientes son titulares de este derecho, pero no todos son capaces de ejercitarlo. Por ello, hay que destacar la figura del consentimiento por representación.

7º El consentimiento por representación supone un límite a quien trata de ejercitarlo por sí mismo. Opera en los siguientes supuestos: cuando el paciente es un “menor no maduro”, el sanitario considera que no es capaz de tomar decisiones y por tanto otorgar el consentimiento y en situaciones en las que el sujeto está incapacitado legalmente.

8º El menor de edad es titular del derecho al consentimiento informado, pero necesita de sus representantes legales para completar su capacidad por lo que habrá que recurrir al consentimiento por representación.

9º Sin embargo, en función de la edad y de la capacidad, podrá otorgar el consentimiento por sí mismo, porque se le va a considerar lo suficientemente maduro

para que consienta (o no). Por lo que va a haber tres partes en la relación: el menor, los representantes legales y el facultativo.

10° Quien va a decidir si el menor es lo suficiente maduro es el facultativo o sanitario. La LAP considera maduro en cualquier caso al menor de edad entre 16 y 17 años, aunque no es necesario tener cumplidas estas edades en tanto el facultativo considere que el menor es lo suficiente maduro.

11° Cuando el menor no es lo suficiente maduro, hay que recurrir a sus representantes legales, ya sean sus progenitores o sus tutores legales, que habrán de actuar en *interés del menor*.

12° La ley no recoge una definición de “interés del menor”, sino que se establecen unos criterios generales que han de ponderarse en su caso.

13° Un factor de conflicto añadido será cuando se pretenda ejercitar el derecho de libertad religiosa (art.16 CE). El derecho de libertad religiosa se puede ejercitar por todos las personas, sean adultas o menores de edad.

14° Cuando el derecho a la protección a la vida y a la salud se vea en peligro porque el menor rechaza todo tipo de tratamiento o intervención por sus convicciones religiosas, el facultativo tendrá que acudir al Juez de Guardia o a través del Fiscal para que autorice la práctica médica necesaria para velar por la salud y la vida del menor de edad.

15° Ante la posibilidad de que los representantes legales de un menor se nieguen por motivos religiosos, la Fiscalía desarrolló la Circular 1/2012, en la cual establecen pautas de actuación para el personal sanitario. Aunque esta Circular no ha terminado de ser aceptada, porque no se puede obligar a nadie a someterse a un tratamiento médico, y aún es más grave cuando se menoscaban los derechos fundamentales, como pueda ser la libertad religiosa protegida en la Constitución Española, además que pueda verse afectada su dignidad (principio de autonomía del paciente).

16° En virtud de esa Circular, el facultativo sabe como actuar. En caso de que la vida del menor esté en situación de “grave riesgo”, el facultativo podrá actuar sin autorización judicial, mientras que si está situación no es así, es aconsejable que el facultativo acuda al Juez de Guardia o a través del Fiscal para autorice la intervención o tratamiento médico.

17° También la capacidad del menor se ve limitada en caso de interrupción del embarazo.

18° La interrupción de embarazo es una práctica sometida a unos plazos concretos de catorce y veintidós semanas para realizar la interrupción. Hasta las catorce semanas, toda mujer mayor de dieciocho años puede elegir abortar por su propia voluntad, mientras que hasta las veintidós semanas la mujer solo puede interrumpir el embarazo si existe riesgo para su vida o salud, existen grandes anomalías en el feto o se detecten anomalías incompatibles con la vida.

19° Con la última reforma legislativa, las menores de 16 y 17 años han visto como su capacidad de decisión en estas prácticas es prácticamente nula. En el año 2010 bastaba con que se informara a uno de los progenitores o representantes legales, o si alegaba coacción, situación de violencia familiar, malos tratos, amenazas o se producía una situación de desamparo, en cuyo caso se debía recoger bajo informe de los servicios sociales.

20° La reforma de la ley del aborto de 2015, coarta la capacidad de decidir de las menores de dieciocho años necesitan el consentimiento de sus representantes legales, lo que conlleva que se imponga la voluntad de los padres o tutores sobre la de la menor para que tenga que abortar.

21° En caso de conflicto, entre la menor y sus representantes legales, se deberá acudir a la autoridad judicial. Y aunque la ley obligue a escuchar a los menores a partir de los doce años, debería extenderse a todas las edades.

22° Tras la realización de este trabajo, opino que la legislación no avanza a la velocidad que lo hace la sociedad. Es cierto que la legislación establece unas presunciones en las que supone que el menor tiene suficiente capacidad para tomar decisiones, pero no se suele realizar un “estudio de su capacidad” para concretar esa capacidad que suponemos que tiene. Los menores en la actualidad tienen a su alcance muchos medios para informarse y hacerles comprender lo que conlleva realizar determinados actos. No me refiero a que se *libere* al menor y se le trate como a un adulto, pero sí es cierto que si se realizara un estudio previo de la capacidad a consentir o rechazar un acto, los menores serían muchos más conscientes de lo que ya son.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

MANUALES

- ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2012.
- BERCOVITZ, Rodrigo, *Manual de contratos*, Ed. Bercal S.A., 2018.
- BERCOVITZ, Rodrigo, *Manual de derecho civil: derecho de familia*, ed. Bercal S.A., 2018.
- BERCOVITZ, Rodrigo, *Manual de derecho civil: derecho privado y derecho de la persona*, Ed. Bercal S.A., 2018.
- CADENAS OSUNA, Davinia, *El consentimiento informado y responsabilidad médica*, ed. Boletín Oficial del Estado, 2018.
- CARRASCO SANZ, Ángel, en *Aspecto legales de la atención al menor*, 2010.
- CHAPARRO ARMENTEROS, Juan Carlos (abogado), *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos. La cuestión de la patria potestad*, ed. Colex, Barcelona, 2002.
- LEÓN SANZ, Pilar, *La implantación de los derechos del paciente*, ed. EUNSA, Pamplona, 2004.
- GÓNZALEZ-TORRE, Ángel Pelayo, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Ed. Comares, Granada, 2009.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro (coord.), *Libertad religiosa y derecho sanitario*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007.
- ORTIZ-ÚRCULO, Juan, en *El derecho a la libertad religiosa en España*, en Fundación Ciudadanía y Valores, diciembre, Madrid, 2011.
- PELÁEZ, José Luis, *Manual de Ética Médica: El Médico y el Paciente*, ed. Asociación Médica Mundial, tercera edición, 2015.
- *Modelos de relación médico paciente*, en Libros Virtuales IntraMed.
- PALOMARES BAYO, Magdalena y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRA, Javier, *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*, ed. Comares, Granada, 2002.
- PUENTE ALCUBILLA, Verónica, *Minoría, religión y derecho*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

- RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel (director), *La libertad religiosa de los menores en centros de internamiento*, ed. Comares, Granada, 2012.
- ROMEO CASABONA, Carlos, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, D.L., Madrid, 1994.
- ROMEO CASABONA, Carlos, *Problemas prácticos del consentimiento informado*, Barcelona, 2002.
- ROVIRA, Antonio, *Autonomía personal y tratamiento médico: una aproximación constitucional al consentimiento informado*, ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- VALERO HEREDIA, Ana, *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad: un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*, ed. Universitat de Valencia, Valencia, 2004.

REVISTAS

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, en *Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España*, Rev. Boliviana de derecho, nº 20, julio 2015.
- BELLVER, Vicente, en *¿Derecho a la libertad religiosa vs. Derecho a la vida?*, en *Persona y Derecho*, Volumen 54, 2006.
- CORRAL GARCÍA, Rosana, en *STC 154/2002: la negativa a una transfusión sanguínea a un menor de edad con el resultado de su muerte*, en *Anuario de Facultade de Dereito*, 2004.
- DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen, *El consentimiento informado en menores y adolescentes: contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas*, en *Información psicológica*, nº 100, de septiembre a diciembre de 2010.
- ESQUERDA ARESTÉ, Montse, PIFARRÉ PARADERO, Josep, y MIQUEL FERNÁNDEZ, Eva, *La capacidad de decisión en el menor, aspectos particulares de la información en el niño y en el joven*, en *An Pediatr Contin*, 2013.
- MORENO ANTÓN, María, en *“La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2011.

- PLAZA PENADÉS, Javier, “La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 562, 2003.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, “El consentimiento informado, Su evolución jurisprudencial”, en *XVI Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, 2009.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio, en *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*, ed. InDret, Barcelona, abril de 2004.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

- <http://dle.rae.es/?id=4TsdBo>
- https://es.wikipedia.org/wiki/Convenio_sobre_Derechos_Humanos_y_Biomedicina
- http://www.guiasalud.es/egpc/depresion_infancia/completa/apartado10/aspectos_legales.html
- <https://www.jw.org/es/testigos-de-jehov%C3%A1/preguntas-frecuentes/testigos-de-jehov%C3%A1-atenci%C3%B3n-m%C3%A9dica/>
- <http://www.tora.org.ar/contenido.asp?idcontenido=2027>
- AGULLÓ SOLER, Andrea de IURIS RIERA ADVOCATS <http://www.urisriera.com/la-omision-o-defecto-en-el-consentimiento-informado/>

LEGISLACIÓN

- Código Civil
- Código Ética Médica
- Código Penal
- Convenio Europeo de Derecho Humanos
- Código de Núremberg
- Convención de los Derechos del Niño
- Convenio relativo a los derechos humanos y a la biomedicina o Convenio de Oviedo
- Declaración de Ginebra
- Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- 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.
- Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.
- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de salud pública.
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema a la infancia y a la adolescencia.
- Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de los menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.
- Ley 14/1986, 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, de la Generalidad de Cataluña.
- Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- 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.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

JURISPRUDENCIA

- STC 141/2000.
- STC 154/2002.
- STS de 29 de abril de 1982
- STS de 10 de diciembre de 1982
- STS Sala de lo Social, 14 abril 1993
- STS de 2 de octubre de 1997

- STS de 26 de septiembre de 2000
- STS 3/2001, 12 de enero de 2001
- STS 447/2001, de 11 de mayo de 2001
- STSJ-CA de Cataluña de 31 de marzo de 2005

OTROS RECURSOS

Antiguo Testamento-Pentateuco

- Génesis 9:4
- Levítico 17:14

Nuevo Testamento

- Hechos 15:20