



Revista Clínica Española

www.elsevier.es/rce



ARTÍCULO ESPECIAL

El menor y su autonomía sanitaria

J.A. Martín Pallín

Tribunal Supremo, Comisionado de la Comisión Internacional de Juristas

Recibido el 16 de noviembre de 2009; aceptado el 21 de noviembre de 2009

PALABRAS CLAVE

Ser humano;
Condiciones de vida;
Desarrollo

KEYWORDS

Human being;
Conditions of life;
Development

Resumen

La evolución del ser humano desde su nacimiento hasta su muerte pasa por sucesivos estadios que no responden a pautas que puedan generalizarse. La evolución es un descubrimiento que experimenta el niño y que observan los que le rodean. Hay factores biológicos que marcan el desarrollo pero no se puede olvidar la decisiva influencia del entorno familiar, su status económico y social y el resto de las condiciones de vida en que se desenvuelve.

© 2009 Elsevier España, S.L. Todos los derechos reservados.

The minor and his/her health care autonomy

Abstract

The evolution of the human being from birth to death goes through successive stages that do not respond to standards that can be generalized. The evolution is a discovery that the child experiences and that is observed by those around the child. There are biological factors that mark the development. However, the decisive influence of the family setting, their financial and social status and the rest of the conditions of life under which the child is developing must not be overlooked.

© 2009 Elsevier España, S.L. All rights reserved.

El libre desarrollo de la personalidad

La evolución del ser humano desde su nacimiento hasta su muerte pasa por sucesivos estadios que no responden a pautas que puedan generalizarse. La evolución es un descubrimiento maravilloso que experimenta el niño y que observan los que le rodean. Hay incuestionablemente

factores biológicos que marcan el desarrollo pero no se puede olvidar la decisiva influencia del entorno familiar, su status económico y social y el resto de las condiciones de vida en que se desenvuelve.

Por imperativo constitucional¹, todo el sistema de derechos y deberes de las personas y las políticas del Estado deben estar orientadas a fomentar el respeto a su dignidad y a la potenciación del libre desarrollo de su personalidad. La Constitución² dispone que los poderes públicos aseguran que los niños gocen de la protección prevista en los acuerdos

Correo electrónico: ja.martin@ts.mju.es

internacionales que velan por sus derechos. También, deberán promover las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural^{3,4}.

El acceso a la cultura es un ingrediente indispensable para el libre desarrollo de la personalidad⁵. A su vez, la formación integral tiene un reconocimiento pleno en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que salvaguarda su libertad para formarse un juicio propio. Puede expresar libremente su opinión ejercitando su libertad de expresión, respetando además su libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, debiendo ser protegido de cualquier injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, su familia, su correspondencia, su domicilio y cualquier ataque ilegal a su honra y a su reputación⁶⁻¹⁰.

Desarrollo biológico y psicológico

Como hemos dicho, el menor es un enigma desde su nacimiento. La tarea de los que tiene a su cargo la responsabilidad directa de velar por su desarrollo físico y mental es difícil de ejercer y más complicado de regular por medio de leyes generales o sectoriales. Desde el punto de vista jurídico, ya el derecho romano estableció unas escalas que van aumentando gradualmente la capacidad jurídica de los menores de edad legal, según las edades y los actos para los que se les habilita. A la vista de estos precedentes y de la legislación nacional o internacional vigente resulta claro que no se puede trazar una línea de separación, nítida y rígida, que nos permita situar a uno u otro lado, la capacidad plena de decidir y la plena incapacidad. Nuestro Código civil es un reflejo de esta tendencia, que muchas veces no tiene una explicación lógica y racional sino que se acomoda a las circunstancias de cada caso. El Código civil puede ser razonablemente acusado de una insatisfactoria adaptación a una realidad social que estimula frenéticamente la imaginación. La implantación masiva de las nuevas tecnologías de la información, sitúan al menor en una esfera de la que no disponía en el pasado inmediato.

Las fases del Código civil

Para no dar una innecesaria extensión a este trabajo nos fijaremos en dos momentos transcendentales de la vida de un menor de dieciocho años a los que el Código civil concede la posibilidad de realizar actos de enorme relevancia jurídica y trascendencia vital.

El Código civil no duda en reconocer la capacidad para contraer matrimonio a menores que hayan cumplido 14 años de edad, si bien establece cautelas, como escuchar a los padres o guardadores, nunca con efecto vinculante, autorizándole a contraer matrimonio con todas las obligaciones que ello conlleva. El efecto más importante es la de la emancipación con todos los efectos subsiguientes. A partir de ese momento, ya puede regir su persona y derechos como si fuese mayor salvo algunas limitaciones para disponer de bienes¹¹, lo que resulta contradictorio con la facultad de testar que más adelante se le atribuye y concede.

El Código civil permite¹², con carácter general, la facultad de otorgar testamento lo que supone una total capacidad jurídica de disponer de sus bienes con arreglo a

las normas que, para todas las personas, rigen las formas de testar. Por si existiera alguna duda sobre la autonomía del menor el artículo 670 del Código civil nos recuerda que el testamento es un acto personalísimo y de ninguna manera puede dejarse su formación al arbitrio de un tercero ni hacerse por medio de comisario o mandatario. En el testamento puede incluso reconocer hijos o disponer medidas para el fin de su vida y el modo en que quiere ser asistido médica y moralmente en ese trance. El notario que autoriza el testamento sólo puede asegurarse de que tiene capacidad legal para testar sin que pueda imponer otros impedimentos.

Les está vedado el testamento ológrafo, es decir, el que esta redactado manuscritamente por el testador¹³ que solo se permite a los mayores de edad pero no por razones de capacidad sino porque se estimaba, en su tiempo, que a la edad de catorce años no se tiene formada la letra lo que podría ocasionar problemas para su autenticación. Cuestión que creo que deberían ser los expertos calígrafos los que decidiese si esta aseveración responde o no a una realidad científica.

En definitiva, las disposiciones sobre la autonomía del menor son siempre evaluables por lo que deberá ser la ley o los expertos los que determinen su capacidad para otorgar un consentimiento válido, analizando cada caso.

La Ley de protección jurídica del menor

La Ley de protección jurídica del menor¹⁴ confirma esta tendencia autonomista, expansiva y sin posible retroceso. Consagra un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los poderes públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general. Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. También, es consciente de 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.

Trasladando estos principios al campo de la autodeterminación sanitaria, tanto la Ley general de sanidad (14/1986, de 25 de abril) y la Ley de autonomía del paciente (41/2002, de 14 de noviembre) otorgan, sin lugar a dudas, al menor de 16 años de edad, el derecho a prestar el consentimiento informado de manera personal sin intermediación o representación, estableciendo alguna matización para las intervenciones de grave riesgo en las que los padres serán informados y podrán opinar, pero no decidir sobre la intervención.

Menor maduro

Sobre estos presupuestos, se había construido en el campo de la psicología la figura del menor maduro. Todos los especialistas otorgan la máxima autoridad a los estudios de

Piaget¹⁵⁻¹⁸ y Kholberg¹⁹. El 1.º partiendo de psicología evolutiva, destaca 4 estadios evolutivos en el desarrollo cognoscitivo del niño: a) estadio sensomotor; b) estadio preoperacional; c) estadio operacional concreto, y d) estadio operacional formal. Este último comienza en los 12 años.

A su vez, Kholberg elaboró una teoría sobre el desarrollo moral de los niños en tres niveles: 1) preconventional; 2) convencional, que se alcanza a los 12 años hasta el estado adulto, y 3) también preconventional, solo para algunos adultos.

Creemos, por tanto que ni desde el punto de vista jurídico, ni científico, se puede negar la existencia de una madurez previa a la mayoría de edad legal. Esta, por sí sola, tampoco garantiza la plena capacidad de discernimiento y madurez intelectual.

Sí el niño, conforme a la terminología legal, es decir, el menor de 18 años, acumula una serie de derechos y capacidades, deberá poder exteriorizarlas sin intermediarios y cortapisas en algunos aspectos de su vida que afectan directamente a su salud física y psíquica, en orden a someterse a determinados tratamientos que sean necesarios o aconsejables para mejorar su bienestar o incluso sus posibilidades vitales.

En materia sanitaria los médicos y el personal auxiliar deben tener en cuenta las previsiones de la Ley de autonomía del paciente 41/2002 que, como hemos dicho, ha incluido en su texto la posibilidad de que determinadas intervenciones médicas se realicen por decisión madura e informada del menor dejando a salvo las excepciones que contempla la ley. Su exposición de motivos contiene reiteradas loas a la libertad individual, la dignidad, la autonomía y la privacidad de los menores de edad, de 16 años de edad. Sin embargo, les niega la capacidad de prestar su consentimiento en los casos de interrupción voluntaria del embarazo, ensayos clínicos y reproducción asistida. Es imposible saber cuales han sido las claves que han manejado los legisladores para llegar a estas excepciones, ya que en la exposición de motivos no dedican ni una sola línea a explicar la restricción de derechos que, por su naturaleza, hubieran exigido por lo menos una justificación.

Para la seguridad jurídica de los médicos y el personal sanitario, debería haberse puesto el acento en la capacidad de entender las informaciones, explicaciones y posibles contraindicaciones, que constituyen la base para que cualquier paciente, mayor o menor de edad, pueda dar un consentimiento informado con plenitud de conocimientos. Las explicaciones deben ser claras y comprensibles y en el lenguaje asequible, advirtiendo de las derivaciones o secuelas que pudieran derivarse de la intervención, así como de las posibles consecuencias de no llevarla a cabo.

El contenido del informe que recaba el consentimiento es fundamental para que este pueda surtir un efecto convalidante de la acción posterior del médico, eximiéndole de cualquier responsabilidad.

La existencia de una diversa legislación autonómica sobre esta materia del consentimiento sanitario, no afecta al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad que no puede regularse ni es competencia de las legislaciones autonómicas.

El artículo 149 de la Constitución establece las competencias exclusivas del Estado para la regulación de las

condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, por lo que cualquier disposición autonómica que contradiga lo que hemos dicho sobre la capacidad general de determinados menores debe ceder ante la legislación estatal. Más adelante, el texto constitucional se refiere a la legislación civil como competencia exclusiva sin perjuicio de los derechos civiles especiales o forales que en ningún caso se pueden imponer a los grandes principios constitucionales.

La Ley estatal de 16/2003 de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, establece por encima de cualquier disposición autonómica, el derecho de menores emancipados o con 16 años cumplidos, a prestar el consentimiento sin necesidad de intermediación ni interferencia. El preámbulo de la Ley mantiene la autonomía de las decisiones individuales dentro de un Sistema Nacional de Salud. Garantiza, asimismo, los derechos recogidos en la ley básica reguladora de la autonomía del paciente²⁰.

Lo esencial no es la edad, sino la calidad y contenido del consentimiento, sin perjuicio de las observaciones que pueda hacer el personal sanitario, no sólo sobre la capacidad del menor, sino sobre su comprensión de todas las variantes y consecuencias o complicaciones de la intervención. En ningún caso, el padre puede disponer de la salud de su hijo menor, colocándole en situación de grave riesgo presente y futuro.

Impacto del Tratado de Lisboa y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En el momento de escribir estas líneas, se ha consumado la aprobación del Tratado de Lisboa, que entrará en vigor el día 1 de diciembre de 2009, lo que añade nuevos componentes a este tema. Al dar pleno vigor a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cobra vigencia su texto articulado. El artículo 2, al proteger con carácter general la integridad física y psíquica de las personas, hace una especial referencia a la proyección de estos derechos en el plano de la medicina y de la biología. Se concede un especial relieve al consentimiento libre e informado de la persona, según las modalidades establecidas en la ley.

El artículo 24 se dedica específicamente a los derechos del menor, reconociéndoles el derecho a expresar su opinión libremente, que deberá ser tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. Se fomenta, como es lógico, las relaciones con el padre o la madre, salvo sin son contrarios a sus intereses.

Todo ello se debe a una lógica evolución del concepto de la patria potestad. Originariamente, se concebía como un poder de dominación sobre la personalidad del hijo. La evolución natural y cultural de la sociedad la ha transformado en un deber o función que es compatible con los principios de igualdad y respeto a los derechos de la persona sea cual sea su edad.

El Convenio de los Derechos Humanos y de la Biomedicina (Convenio de Oviedo), ratificado por España el 23 de julio de 1999, establece en el artículo 5 el libre e inequívoco consentimiento respecto de una información adecuada sobre la finalidad naturaleza, riesgos y consecuencia de una intervención. Más concretamente el artículo 6 se

Tabla 1 Fuentes consultadas y referidas en el texto

Constitución española. Artículo 10¹

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social

Constitución española. Artículo 39²

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos

Constitución española. Artículo 48³

Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural

*Ley 18/1983, de 16 de noviembre, de creación del organismo autónomo Consejo de la Juventud de España⁴**Constitución española. Artículo 44⁵*

1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho

Convención de los Derechos del Niño. Artículo 12⁶

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
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

Artículo 13⁷

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:
 - a) para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
 - b) para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas

Artículo 14⁸

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás

Artículo 15⁹

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás

Artículo 16¹⁰

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques

Código Civil. Artículo 323¹¹

La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.

Código Civil. Artículo 663¹²

Están incapacitados para testar:

1. Los menores de catorce años de uno y otro sexo
2. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio

Tabla 1. (continuación)

Código Civil. Artículo 688¹³

El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad

Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue

Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma

Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁴

Piaget, Jean. El lenguaje y el pensamiento en el niño (1923)¹⁵; La representación del mundo en el niño (1926)¹⁶; El nacimiento de la inteligencia en el niño (1936)¹⁷; La psicología de la inteligencia (1947)¹⁸

Kholberg, Bower TGR. Psicología del desarrollo. Madrid siglo XXI; 1983¹⁹

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Artículo 26²⁰

Garantías de información

1. Los servicios de salud informarán a los ciudadanos de sus derechos y deberes, de las prestaciones y de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, de los requisitos necesarios para el acceso a éstos y de los restantes derechos recogidos en la ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como de los derechos y obligaciones establecidos en las correspondientes normas autonómicas, en su caso

somete a lo que disponga la Ley sobre el menor que tenga capacidad de prestar el consentimiento. Por encima, incluso o a falta de ley, la opinión del menor será tomada como factor determinante en función de la edad y del grado de madurez. La oposición de los padres, bien por indecisión o por imposición de su criterio, no puede prevalecer sobre la decisión médica más adecuada, según la *lex artis*.

La información comprensible aparece reforzada por numerosa jurisprudencia, entre la que podemos citar la STS, de 21 de enero de 2009, de la Sala 1.ª Civil del Tribunal Supremo. Destaca esta resolución que la información completa constituye una exigencia ética legal en toda atención asistencial antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad y ahora, con más precisión, con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente que constituye el marco normativo actual que contempla como derecho básico la dignidad de la persona y la autonomía de su voluntad. La jurisprudencia exige la constancia de esta autorización o consentimiento y las condiciones en que se ha prestado. Recuerda nitidamente que «*debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte*».

A la vista de todo lo expuesto, podemos establecer las siguientes conclusiones a modo de resumen:

1.ª- El desarrollo físico e intelectual del niño es un proceso continuo que pasa por diversas fases, hasta alcanzar la plenitud legal a los 18 años.

2.ª- A los efectos sanitarios, cobra especial relevancia la posibilidad de otorgar consentimiento autónomo para intervenciones médicas, antes de alcanzar la mayoría de edad.

3.ª- A los 14 años, el menor puede obtener autorización para contraer matrimonio, lo que le convierte en una persona plenamente capaz en materia de salud personal y proyectos vitales, ya que el matrimonio produce la emancipación.

4.ª- El emancipado por matrimonio o bien al alcanzar los 16 años, si concurren determinadas circunstancias, puede regir su persona y derechos, como si fuese mayor.

5.ª- Por consiguiente, los emancipados no están limitados ni condicionados para otorgar su consentimiento respecto de las intervenciones o tratamientos médicos.

6.ª- El menor de edad entre 16–18 años que no está emancipado puede, según la Ley de autonomía del paciente, otorgar su consentimiento para toda clase de actos médicos, salvo para interrumpir voluntariamente el embarazo, al día de hoy (noviembre 2009), prestarse a ensayos clínicos o someterse a inseminación artificial.

7.ª- Esta última limitación no alcanza a los menores de 14 años que hayan contraído matrimonio, porque son facultades inherentes al status matrimonial (interrupción voluntaria del embarazo y reproducción asistida), tampoco se les puede impedir prestarse a ensayos clínicos por estar emancipados.

8.ª- *El menor maduro*, según la expresión acuñada por la psicología norteamericana, puede adoptar decisiones, convenientemente informado, para recibir asistencia médica de bajo riesgo y gran beneficio. En este caso, la oposición de los padres no es relevante.

9.ª- La transferencia de los servicios de salud a las comunidades autónomas y la existencia de regulaciones diversas, no altera la capacidad de los menores para prestar su consentimiento informado en los tratamientos médicos (tabla 1).

Bibliografía¹

1. art. 10.1 C.E.
2. art. 39.4 C.E.
3. art. 48.3 C.E.

¹Las fuentes consultadas para este texto se encuentran reflejadas y explicadas en la [tabla 1](#)

4. Ley 18/1983, de 16 de noviembre, de creación del organismo autónomo Consejo de la Juventud de España.
5. art. 44.1 C.E.
6. art. 12. C.D.N.
7. art. 13. C.D.N.
8. art. 14. C.D.N.
9. art. 15. C.D.N.
10. art. 16.1-2. C.D.N.
11. art. 323 C.C.
12. art. 663 C.C.
13. art. 688 C.C.
14. Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
15. Piaget J. El lenguaje y el pensamiento en el niño. 1923.
16. Piaget J. La representación del mundo en el niño. 1926.
17. Piaget J. El nacimiento de la inteligencia en el niño. 1936.
18. Piaget J. La psicología de la inteligencia. 1947.
19. Kholberg B. TGR. Psicología del desarrollo. Madrid Siglo XXI; 1983.
20. art. 26.1. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.