



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

“La capacidad del menor de edad en
la esfera médica”

Presentado por:

Adrián Jiménez González

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 21 de julio de 2023

“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres nos dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre...”

“El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha” de Miguel de Cervantes Saavedra.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO EN ESPAÑA.....	8
3. LA VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR DE EDAD.....	12
3.1. La capacidad del menor de edad en un aspecto general.....	12
3.2. La capacidad del menor de edad específicamente en la esfera médica.....	17
3.3. El menor maduro.....	21
4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS PACIENTES MENORES DE EDAD.....	28
4.1. Análisis del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.....	30
4.2. La medicina voluntaria en los menores de edad.....	40
5. EL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO.....	51
5.1. La Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.....	51
5.1.1. <i>Los Testigos de Jehová</i>	53
5.1.2. <i>Sentencia del Tribunal Supremo 154/2002, de 18 de junio</i>	54
5.2. La salud sexual y reproductiva en los menores de edad.....	58
5.3. La eutanasia en los menores de edad.....	64
6. EL TEMA DE LA DISFORIA DE GÉNERO EN LOS MENORES DE EDAD.....	67

7. CONCLUSIONES.....74

8. BIBLIOGRAFÍA.....78

RESUMEN:

El tema de "La capacidad del menor de edad en la esfera médica" aborda la cuestión de hasta qué punto un menor de edad puede tomar decisiones médicas por sí mismo y qué papel desempeñan los padres o tutores legales en este proceso. Se examina la legislación vigente y los debates éticos en torno a la autonomía del menor, considerando aspectos como el consentimiento informado, la madurez emocional y cognitiva, y los límites de intervención médica sin el consentimiento de los padres. Este Trabajo de Fin de Grado analiza los derechos del menor y la importancia de garantizar su bienestar, al tiempo que se protegen los intereses de los padres y se establecen directrices claras para los profesionales de la salud en el tratamiento de los menores de edad.

PALABRAS CLAVE: Menor de edad, menor maduro, autonomía del paciente (menor de edad), consentimiento informado, oír o escuchar al menor de edad, interés superior del menor de edad, madurez.

ABSTRACT:

The topic of "the capacity of minors in the medical sphere" addresses the question of to what extent a minor can make medical decisions for themselves and what role parents or legal guardians play in this process. The current legislation and ethical debates surrounding the autonomy of the minor are examined, considering aspects such as informed consent, emotional and cognitive maturity, and the limits of medical intervention without parental consent. This Final Degree Project analyzes the rights of minors and the importance of ensuring their well-being while protecting the interests of parents and establishing clear guidelines for healthcare professionals in the treatment of minors.

KEY WORDS: Minor, mature minor, patient autonomy (minor), informed consent, listening to or hearing the minor, best interests of the minor, maturity.

1. INTRODUCCIÓN.

La capacidad del menor de edad en la esfera médica es un tema de gran relevancia y complejidad dentro del ámbito del Derecho. En el marco de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como en situaciones relacionadas con la salud sexual y reproductiva, la eutanasia y la disforia de género, resulta fundamental analizar la figura del menor maduro y los límites legales que se le imponen.

El presente Trabajo de Fin de Grado en Derecho tiene como objetivo profundizar en la comprensión de los aspectos legales relacionados con la capacidad del menor de edad en la esfera médica. Para ello, se examinará en primer lugar el concepto de "menor maduro", entendido como aquel menor de edad capaz de tomar decisiones informadas y autónomas en materia de salud.

Se prestará especial atención al análisis del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Dicho artículo establece los criterios para determinar la capacidad de los menores en el ámbito médico y los límites en cuanto a la toma de decisiones.

Además, se abordará la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, que trata sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas en menores de edad en casos de riesgo grave. Esta circular proporciona directrices legales que deben seguirse en situaciones de conflicto entre la autonomía del menor y el interés superior de su salud.

Asimismo, se analizará la salud sexual y reproductiva en los menores de edad, explorando los derechos y protecciones legales que se les brindan, así como los límites y requisitos establecidos para garantizar su bienestar.

Otro aspecto importante a considerar es la eutanasia en los menores de edad, un tema altamente controvertido. Se estudiarán las legislaciones y los debates éticos en torno a esta cuestión, teniendo en cuenta los derechos y protecciones que se deben otorgar a los menores en situaciones de enfermedad terminal y su capacidad para tomar decisiones sobre el final de su vida.

Por último, se abordará la disforia de género en los menores de edad, un tema de creciente relevancia y complejidad legal. Se examinarán las normativas y los debates éticos en relación con los tratamientos médicos y las intervenciones quirúrgicas destinadas a menores con disforia de género, y se evaluarán las implicaciones legales y los derechos de los menores en esta situación.

2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO EN ESPAÑA.

A lo largo de la historia, no ha sido común vincular el concepto de autonomía con la minoría de edad. Esto se debe a que, debido a la institución de la patria potestad, los menores de edad estaban subordinados a la autoridad del padre de familia. En consecuencia, se consideraba que los asuntos relacionados con los menores eran asuntos privados, tratándose al menor como una especie de propiedad de estos.

En la segunda mitad del siglo XX, se produjo una transformación o cambio trascendental en la concepción en que se percibía la posición de los menores en la sociedad. Este cambio, que también se reflejó en el ámbito sanitario, fue impulsado por diversos factores relevantes de la época, generando un impacto notable en la manera en que se abordaban los derechos y el bienestar de los niños y adolescentes.

Son numerosos los autores han definido el concepto de paternalismo a lo largo de los tiempos, siendo la definición propuesta por el profesor Gerald Dworkin una de las más consolidadas. Según Dworkin, el paternalismo consiste en *"a grandes rasgos, la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, el bien, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la persona coaccionada"*¹.

La protección de los derechos de los menores de edad en el ámbito sanitario se fundamenta en principios establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos². Este documento, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, reconoce que todos los seres humanos tienen derecho a la salud y a la protección de su dignidad. En este contexto, los menores de edad son considerados sujetos de derechos y merecen especial protección y atención en el ámbito médico. Gran importancia alberga la ya mencionada Declaración Universal de los Derechos Humanos pues introduce diferentes preceptos y principios relativos a la protección de los derechos de los menores de edad que se pueden aplicar, lógicamente, al ámbito sanitario, como pueden ser los siguientes:

- El principio fundamental de la dignidad inherente y el valor igual de todas las

¹ DWORKIN, G., "Paternalism" en Wasserstrom, R. (ed.), *Morality and the law*, Wadsworth PublishingCo., Belmont, 1971, p. 20.

² Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre del año 1948, en París.

personas se aplica a los niños, lo que implica que deben ser tratados con respeto y consideración. Los menores tienen el derecho a recibir atención médica sin discriminación por motivos de raza, religión, origen étnico, género u otros.

- Todos los seres humanos, incluidos los menores de edad, tienen derecho a la vida y a la seguridad personal. Esto implica que los niños tienen derecho a recibir atención médica adecuada y a estar protegidos de daños o tratos inhumanos.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los menores tienen derecho a recibir atención médica de calidad, incluyendo servicios preventivos, tratamiento y rehabilitación.
- Los menores tienen derecho a recibir información adecuada sobre cuestiones de salud que les conciernen, de manera que puedan comprenderla y tomar decisiones informadas. Esto implica proporcionar información adaptada a su edad y capacidad de comprensión.
- Los menores tienen derecho a ser protegidos contra cualquier forma de explotación, abuso, violencia o negligencia, incluyendo en el ámbito sanitario. Esto implica garantizar su seguridad y bienestar durante los procesos médicos y tratar cualquier abuso o maltrato de manera adecuada.
- Los menores tienen derecho a la privacidad y confidencialidad en relación con su información médica. Los profesionales de la salud deben respetar la confidencialidad de los menores y solo divulgar información con el consentimiento adecuado o cuando exista una obligación legal clara.

Además, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, conocido como el Convenio de Oviedo³, ha tenido un impacto significativo en el tratamiento jurídico del menor de edad en España. Este convenio, firmado en 1997, establece normas éticas y jurídicas para proteger la dignidad y los derechos humanos en el contexto de la medicina y la biología. En particular, se refiere a la capacidad de los menores de edad para tomar decisiones médicas y subraya la importancia de su protección y bienestar.

³ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, conocido también como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o "Convenio de Oviedo", es un pacto promovido por el Consejo de Europa y firmado en la ciudad española de Oviedo el 4 de abril de 1997.

Para comprender la evolución histórica del tratamiento jurídico del menor de edad en el ámbito sanitario, es importante tener en cuenta la evolución de la relación médico-enfermo a lo largo del tiempo. Según LÁZARO y GRACIA, en su estudio sobre la relación médico-enfermo a través de la historia⁴, se evidencia una transformación de un modelo paternalista hacia un modelo más centrado en los derechos y la autonomía del paciente. Esta evolución también ha influido en la forma en que se considera la capacidad del menor de edad para tomar decisiones médicas y participar en el proceso de atención médica.

La edad ha sido tradicionalmente considerada como un factor determinante en el ejercicio de los derechos y la capacidad jurídica. SEBASTIÁ ALCÁCER, en su trabajo sobre "La edad como condicionante del derecho: el caso del paciente menor"⁵, analiza cómo la edad ha sido utilizada como criterio para determinar la capacidad del menor de edad en el ámbito sanitario. A lo largo de la historia, ha habido diferentes enfoques y consideraciones legales respecto a la capacidad del menor de edad para tomar decisiones médicas, y estos enfoques han evolucionado con el tiempo.

En la actualidad, se reconoce que la capacidad del menor de edad en el ámbito sanitario debe evaluarse de manera individual y considerar su madurez y capacidad de comprensión. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, en su análisis sobre "El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario"⁶, destaca la importancia de considerar la opinión y la participación del menor en las decisiones médicas que le conciernen. Se reconoce que algunos menores pueden tener la capacidad para tomar decisiones informadas y que su opinión debe ser tenida en cuenta en el proceso de toma de decisiones.

En el ámbito legal, el derecho civil juega un papel fundamental en la protección de los derechos del menor de edad. El "Curso de Derecho Civil (I) – Vol. 2: Derecho de la Persona" coordinado por Pablo Contreras, Martínez de Aguirre Aldaz, Pérez Álvarez y Parra Lucán⁷, proporciona una visión general de los fundamentos teóricos y conceptuales del derecho civil aplicados a la capacidad del menor de edad en el ámbito sanitario. Este recurso puede ayudarnos a comprender los principios y las normas legales que rigen la protección de los

⁴ LÁZARO, J., GRACIA, D., *La relación médico-enfermo a través de la historia, Anales del sistemasanitario de Navarra*, vol.29, sup. 3, 2006.

⁵ SEBASTIÁ ALCÁCER, M^a D., *La edad como condicionante del derecho: el caso del paciente menor*, Universitat de València, 2014.

⁶ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F, J., *El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario. Análisis de la cuestión en menores y sus representantes*, Universidad de Murcia, 2016.

⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil (I) Volumen II, Derecho de la Persona*, 6^a Edición, 2018.

derechos del menor de edad en el contexto médico.

Además, el "Tratado del Menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia" coordinado por Clara Martínez García⁸, es una fuente relevante para analizar la protección jurídica específica otorgada a los menores de edad en el sistema legal español. Este tratado aborda aspectos relacionados con la capacidad, los derechos y las protecciones legales destinadas a los menores de edad en diversos ámbitos, incluido el ámbito sanitario.

Finalmente, la "Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario reflexiones y comentarios" coordinada por Emilio Lizarraga Bonelli⁹, ofrece una visión actualizada de la legislación española en relación con los derechos y la capacidad del paciente, incluyendo a los menores de edad. Esta ley ha tenido un impacto significativo en el ámbito sanitario, estableciendo los derechos del paciente, el consentimiento informado y los procedimientos para la toma de decisiones médicas.

Ahora bien, no solamente existen estos instrumentos para la protección de los derechos de los menores de edad en el ámbito o esfera médica, sino que también nos encontramos con otros tratados o convenios internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre otros.

En resumen, la evolución histórica del tratamiento jurídico del menor de edad en el ámbito sanitario en España ha sido influenciada por documentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Convenio de Oviedo, así como por estudios académicos sobre la relación médico-enfermo y la capacidad del menor de edad para tomar decisiones médicas. Además, el derecho civil, los tratados especializados y la legislación, como la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, proporcionan un marco legal y normativo para proteger los derechos y la dignidad de los menores de edad en el ámbito sanitario.

⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Tratado del menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

⁹ 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.

3. LA VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR DE EDAD.

3.1. La capacidad del menor de edad en un aspecto general:

En primer lugar, creo conveniente la labor de definir o explicar brevemente lo que por capacidad se entiende. Es muy importante no confundir el concepto de capacidad jurídica con el de la capacidad de obrar. Por un lado, la capacidad jurídica viene recogida en el artículo 29 del Código Civil español y se refiere a la personalidad de las personas, diciendo que se adquiere al mismo momento del nacimiento, aunque se reconoce al concebido como si hubiera nacido para todos los efectos favorables, siempre y cuando cumpla con las condiciones del artículo 30¹⁰, que estipula que la personalidad se adquiere solamente en el momento en que se nace con vida¹¹.

Asimismo, en el marco de nuestro Código Civil, se establecen una serie de acciones concretas, precisas y específicas que pueden ser realizadas por los menores de edad, y estas acciones varían según su edad, ya sea 12, 14 o 16 años.

Para comenzar, una vez que el menor alcanza los 12 años, resulta fundamental que el Juez escuche su opinión antes de autorizar al tutor a llevar a cabo cualquier acción mencionada en los artículos 271, 272 y 273 del Código Civil. Igualmente, se requiere el consentimiento expreso del menor para proceder con su adopción (artículo 177 CC). A partir de los 14 años, el menor adquiere la capacidad para redactar un testamento, a excepción del testamento ológrafo (artículos 663 y 688 CC). Además, se le concede la posibilidad de elegir la nacionalidad española (artículo 20 CC) y la vecindad civil (artículo 14 CC). En caso de que el menor tenga 16 años o más, posee la capacidad o facultad de conceder su aprobación en un instrumento o documento público que permita a sus progenitores disponer de sus bienes y propiedades (artículo 166), emanciparse, realizar actos de administración ordinaria sobre los bienes adquiridos mediante su propio trabajo (artículo 164 CC), pactar un régimen de separación o participación en capitulaciones matrimoniales (artículo 1329 CC), entre otras acciones.

Siguiendo con el Código Civil, también es de importancia su artículo 162, el cual dice, de forma literal, lo siguiente:

¹⁰ Artículo 29 del Código Civil: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.”

¹¹ Artículo 30 del Código Civil: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.”

“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

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

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

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.”

La capacidad del menor de edad es un aspecto central en el ámbito del Derecho Civil, y resulta especialmente relevante cuando se trata de cuestiones médicas. Según el "Curso de Derecho Civil (I) – Vol. 2: Derecho de la Persona"¹² coordinado por Pablo Contreras, la capacidad se refiere a la aptitud de una persona para ejercer válidamente sus derechos y asumir obligaciones. Sin embargo, en el caso de los menores de edad, su capacidad se encuentra limitada debido a su edad y grado de madurez.

El "Curso de Derecho Civil (I)"¹³ establece que los menores de edad son considerados legalmente incapaces, lo que implica que no tienen plena capacidad para realizar actos jurídicos y tomar decisiones por sí mismos. Esta limitación se fundamenta en la necesidad de proteger a los menores y garantizar su bienestar, considerando que su nivel de desarrollo y discernimiento puede no ser suficiente para asumir responsabilidades y comprender plenamente las implicaciones de sus acciones.

En el ámbito médico, la capacidad del menor de edad adquiere una importancia particular. Se busca garantizar que las decisiones relacionadas con su salud sean tomadas de manera adecuada, considerando su bienestar y protección. Es necesario evaluar su capacidad para comprender la información médica, valorar los riesgos y beneficios de los tratamientos, así como expresar su voluntad en relación a su propia salud.

¹² y ¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *Curso de Derecho Civil (I) Volumen II, Derecho de la Persona*, 6ª Edición, 2018.

Es importante destacar que la capacidad del menor de edad se considera progresiva, es decir, se reconoce que a medida que el menor se desarrolla y adquiere mayor madurez, su capacidad para tomar decisiones se va incrementando. Esto implica que, en determinados casos, se puede otorgar al menor cierta autonomía en la toma de decisiones relacionadas con su salud, siempre y cuando se considere que cuenta con la capacidad suficiente para ello.

La capacidad del menor de edad en general se basa en la premisa de proteger y garantizar su bienestar, reconociendo que los menores son vulnerables debido a su etapa de desarrollo y a su falta de experiencia y madurez. Esta limitación de capacidad se justifica en el interés superior del menor, que busca asegurar su protección y salvaguardar sus derechos.

La legislación civil establece que los menores de edad deben recibir la protección y asistencia de sus padres o representantes legales, quienes actúan en su nombre y toman decisiones en su beneficio. Sin embargo, a medida que los menores crecen y adquieren mayor madurez, se reconoce la importancia de involucrarlos en decisiones que afecten su salud, respetando su autonomía y capacidad para expresar su voluntad.

La legislación civil establece que los menores de edad deben recibir la protección y asistencia de sus padres o representantes legales, quienes actúan en su nombre y toman decisiones en su beneficio. Sin embargo, a medida que los menores crecen y adquieren mayor madurez, se reconoce la importancia de involucrarlos en decisiones que afecten su salud, respetando su autonomía y capacidad para expresar su voluntad.

La determinación de la capacidad del menor de edad en el ámbito médico implica evaluar su grado de madurez y discernimiento para comprender las implicaciones de las decisiones relacionadas con su salud. Según el "Tratado del Menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia"¹⁴, coordinado por Clara Martínez García, esta evaluación se realiza considerando varios aspectos, como la edad del menor, su capacidad de comprensión, su nivel de madurez emocional y su capacidad para tomar decisiones informadas.

Es importante tener en cuenta que la capacidad del menor de edad no depende exclusivamente de su edad cronológica, ya que algunos menores pueden mostrar una mayor madurez y capacidad para tomar decisiones informadas que otros de la misma edad. Por lo tanto, es necesario realizar una evaluación individualizada en cada caso, considerando el desarrollo físico, mental y emocional del menor.

¹⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Tratado del menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

En este sentido, es relevante mencionar la figura del consentimiento informado en el ámbito médico. El consentimiento informado implica que una persona, en este caso el menor, tiene el derecho de recibir información completa y comprensible sobre su condición médica, los tratamientos disponibles y sus riesgos y beneficios, para poder tomar decisiones informadas sobre su salud. La capacidad del menor para prestar un consentimiento informado debe ser evaluada cuidadosamente, asegurando que comprenda la información proporcionada y pueda expresar su voluntad de manera autónoma.

El "Curso de Derecho Civil (I) – Vol. 2: Derecho de la Persona"¹⁵ también destaca que, en el ámbito de la capacidad del menor de edad, es importante diferenciar entre la capacidad de obrar y la capacidad de ejercicio. La capacidad de obrar se refiere a la aptitud de una persona para realizar actos jurídicos por sí misma, mientras que la capacidad de ejercicio se refiere a la posibilidad de ejercer plenamente los derechos y obligaciones derivados de dichos actos. En el caso de los menores de edad, se reconoce que su capacidad de obrar puede estar limitada, pero esto no implica necesariamente una limitación total de su capacidad de ejercicio.

En relación con la capacidad del menor de edad en el ámbito médico, el "Tratado del Menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia"¹⁶ de Clara Martínez García destaca la importancia de considerar el principio de progresividad en la toma de decisiones. Esto significa que, a medida que el menor de edad va adquiriendo madurez y capacidad para comprender y participar en decisiones relacionadas con su salud, se debe respetar y fomentar su autonomía, siempre y cuando se garantice su bienestar.

En España, la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente¹⁷ establece que los menores de edad, en principio, no pueden prestar un consentimiento válido sin la intervención de sus representantes legales. Sin embargo, la misma ley prevé excepciones en casos en los que el menor tenga suficiente madurez y capacidad para comprender la naturaleza y las consecuencias de la intervención sanitaria. Estas excepciones permiten que los profesionales de la salud evalúen la capacidad del menor de manera individualizada y consideren su opinión y voluntad en la toma de decisiones relacionadas con su salud.

¹⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *Curso de Derecho Civil (I) Volumen II, Derecho de la Persona*, 6ª Edición, 2018.

¹⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Tratado del menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

¹⁷ 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.

Es importante señalar que la determinación de la capacidad del menor de edad debe ser realizada por profesionales de la salud competentes, quienes deben evaluar tanto la madurez cognitiva del menor como su capacidad emocional para entender las implicaciones de las decisiones médicas. Además, se deben tener en cuenta los principios éticos y legales establecidos para garantizar la protección y el bienestar del menor.

El "Curso de Derecho Civil (I) – Vol. 2: Derecho de la Persona"¹⁸ destaca que, en relación con la capacidad del menor de edad, existen diferentes teorías y enfoques en el ámbito jurídico. Algunas posturas sostienen que la capacidad del menor debe ser evaluada de forma restrictiva, considerando su falta de madurez y experiencia. Por otro lado, hay quienes defienden una visión más amplia de la capacidad, otorgando mayor autonomía al menor en decisiones que afecten su salud, siempre y cuando demuestre comprensión y discernimiento suficientes.

La "Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario reflexiones y comentarios"¹⁹, coordinada por Emilio Lizarraga Bonelli, destaca que el consentimiento informado en el caso de los menores de edad implica que se les debe proporcionar información adaptada a su nivel de comprensión y edad, de manera que puedan entender las implicaciones de los tratamientos médicos propuestos. Es fundamental garantizar que la información sea clara, completa y comprensible para que los menores puedan tomar decisiones informadas en la medida de su capacidad.

El "Tratado del Menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia"²⁰ señala que la capacidad del menor de edad debe ser evaluada de manera individualizada, considerando aspectos como su grado de madurez, su capacidad de comprensión y su desarrollo emocional. Además, destaca que es necesario que los profesionales de la salud cuenten con protocolos y pautas claras para evaluar la capacidad del menor, garantizando así la uniformidad y objetividad en dicha evaluación.

Es importante mencionar que la capacidad del menor de edad en el ámbito médico no es un concepto estático, sino que puede evolucionar a medida que el menor crece y adquiere mayor madurez. Por tanto, es necesario realizar evaluaciones periódicas de la

¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *Curso de Derecho Civil (I) Volumen II, Derecho de la Persona*, 6ª Edición, 2018.

¹⁹ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

²⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Tratado del menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

capacidad del menor, especialmente en situaciones que impliquen decisiones importantes y de larga duración, como tratamientos médicos crónicos o procedimientos quirúrgicos.

En conclusión, la capacidad del menor de edad en el ámbito médico es un tema complejo y su evaluación requiere un enfoque individualizado. Los criterios para determinar la capacidad del menor deben considerar su grado de madurez, su comprensión de la información médica y su capacidad para expresar su voluntad de manera informada. Es importante que los profesionales de la salud cuenten con pautas claras y protocolos para evaluar la capacidad del menor, asegurando así la protección de sus derechos y el respeto a su autonomía en la medida de su capacidad.

3.2. La capacidad del menor de edad específicamente en la esfera médica.

Para dar comienzo con este punto, creo oportuno puntualizar la mayoría de edad sanitaria. Aun a día de hoy, en España, seguimos enfrentando el desafío de definir claramente la noción de mayoría de edad en el ámbito de sanitario, la cual no se encuentra establecida de manera precisa en nuestra legislación actual. Esta falta de definición continúa generando confusiones, incluso a nivel político y jurídico de alto nivel. Se ha afirmado, de forma descontextualizada, que en España la mayoría de edad sanitaria es a los 16 años, lo cual constituye un error técnico y jurídico. En realidad, la mayoría de edad civil (a partir de los 18 años) coincide con la plena capacidad para tomar decisiones relacionadas con la salud. Por otro lado, en países como Francia, la "mayoría de edad médica" suele establecerse doctrinalmente a los 15 años, y en el Acta sobre Derecho de Familia Inglesa (Family Law Reform Act 1969) se establece en su artículo 8 que la edad de consentimiento informado pleno es a los 16 años. Esta falta de definición continúa generando confusiones, incluso a nivel político y jurídico de alto nivel²¹.

Según el "Curso de Derecho Civil (I) – Vol. 2: Derecho de la Persona"²², en el ámbito sanitario, la capacidad del menor de edad se evalúa en función de su madurez y capacidad de discernimiento. Se reconoce que los menores pueden tener diferentes niveles de comprensión y capacidad para tomar decisiones relacionadas con su salud. En algunos casos,

²¹ <https://www.delorenzoabogados.es/blog/?p=871>

²² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *Curso de Derecho Civil (I) Volumen II, Derecho de la Persona*, 6ª Edición, 2018.

puede ser necesario evaluar su capacidad para otorgar un consentimiento informado específicamente para tratamientos médicos.

El "Tratado del Menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia"²² destaca que, en el ámbito sanitario, es fundamental garantizar el equilibrio entre el respeto a la autonomía del menor y la protección de su salud. Se debe evaluar cuidadosamente si el menor tiene la capacidad suficiente para comprender la información médica relevante, evaluar las opciones disponibles y tomar decisiones informadas. En este sentido, se menciona la importancia de tener en cuenta la evolución cognitiva y emocional del menor, así como su grado de madurez.

La "Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario reflexiones y comentarios"²³ establece disposiciones específicas sobre el consentimiento informado de los pacientes menores de edad. Esta ley reconoce el derecho del menor a participar en las decisiones que afecten a su salud en la medida de su madurez y capacidad. Sin embargo, también establece que, en casos en los que el menor no tenga la capacidad suficiente, los representantes legales pueden tomar decisiones en su nombre.

El libro "El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: El derecho del menor a ser oído" de RODA y RODA²⁴, aborda el tema del derecho del menor a ser escuchado en asuntos relacionados con su salud. Destaca la importancia de garantizar la participación activa del menor en la toma de decisiones médicas, especialmente cuando se trata de tratamientos invasivos o de gran impacto en su vida. Se subraya la necesidad de adaptar la información y el lenguaje médico al nivel de comprensión del menor, asegurando así su participación efectiva en el proceso.

Además, se deben tener en cuenta las disposiciones legales específicas en relación con el derecho del menor a ser oído. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁵, establece mecanismos para garantizar la participación del menor en los procedimientos judiciales y administrativos que

²² MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Tratado del menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

²³ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

²⁴ RODA Y RODA, D. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad "El derecho del menor a ser oído"*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

²⁵ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

le conciernen. Esto incluye la posibilidad de que el menor exprese su opinión en asuntos relacionados con su salud.

Ahondando más en esta ley, en su artículo 9 se establece el derecho del menor a ser oído en los procedimientos judiciales y administrativos que le afecten²⁶. El derecho del menor a ser oído es fundamental para garantizar su participación y el respeto a su autonomía en los asuntos relacionados con su salud. Este artículo establece que se debe garantizar al menor el derecho a expresar libremente su opinión en todos los procedimientos y actuaciones que le conciernen, teniendo en cuenta su edad y madurez.

En el ámbito sanitario, este derecho cobra especial relevancia, ya que implica que el menor debe ser escuchado y tomado en cuenta en las decisiones sobre su tratamiento médico. La opinión del menor debe ser tomada en cuenta por los profesionales de la salud y los responsables legales en la medida de su capacidad y desarrollo evolutivo.

Es importante destacar que el derecho del menor a ser oído no se limita únicamente a la manifestación de su opinión, sino que también implica que esa opinión debe ser tomada

²⁶ El artículo 9 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil fue modificado en virtud del artículo 1.4 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, disponiendo actualmente lo siguiente:

“1. 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.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

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

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.”

en cuenta de manera efectiva en el proceso de toma de decisiones. Los profesionales de la salud y los responsables legales deben valorar la opinión del menor de manera adecuada, considerando su grado de madurez y discernimiento, así como el interés superior del menor en materia de salud.

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) reconoce que la participación del menor en las decisiones que le afectan es un derecho que se va desarrollando progresivamente a medida que el menor crece y madura. En este sentido, se debe adaptar la información y el proceso de toma de decisiones a la capacidad y comprensión del menor, garantizando que se le brinden las oportunidades necesarias para expresar su opinión y ser escuchado de manera adecuada.

En resumen, este artículo 9 establece el derecho del menor a ser oído en los procedimientos judiciales y administrativos. En el ámbito sanitario, este derecho implica que el menor debe ser escuchado y tomado en cuenta en las decisiones sobre su salud, adaptando el proceso de participación a su capacidad y desarrollo evolutivo.

En relación con el consentimiento informado, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica²⁷, establece las bases legales para garantizar el derecho del paciente a recibir información adecuada y comprensible sobre su estado de salud y los tratamientos disponibles. En el caso de los menores de edad, se deben tener en cuenta sus capacidades y madurez para otorgar un consentimiento válido.

Más concretamente, el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, decreta que el consentimiento para los tratamientos médicos de los menores de edad debe ser otorgado por sus representantes legales siempre que éstos (los menores de edad) no posean la capacidad necesaria para comprender el nivel, calibre y alcance de la intervención médica. No obstante, siempre se ha de escuchar la opinión del menor de edad implicado, amén de que el consentimiento lo otorgue el representante legal de este por no reunir las aptitudes precisas para su entendimiento e interpretación²⁸. Esta disposición se basa en el principio de

²⁷ 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.

²⁸ El artículo 9.3 c de la Ley 41/2002 dice de forma literal que se otorgará el consentimiento por representación *“cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.”*.

protección del menor y busca garantizar decisiones informadas y responsables en beneficio del menor.

En conclusión, la capacidad del menor de edad en la esfera médica se evalúa en función de su madurez y capacidad de discernimiento. Se reconoce su derecho a participar en decisiones relacionadas con su salud en la medida de su capacidad, teniendo en cuenta su grado de madurez y las disposiciones legales aplicables. Además, estas leyes enfatizan la importancia de escuchar la opinión del menor en los procedimientos relacionados con su salud, considerando su madurez y capacidad. El respeto a este derecho promueve la autonomía, la dignidad y el bienestar del menor en el ámbito médico.

3.3. El menor maduro.

En primer lugar, por poner un contexto histórico, la doctrina o concepto del término conocido como “menor maduro”, surge en diferentes países como resultado de demandas legales y casos específicos. En los Estados Unidos, se originó en los años 70 a través de demandas presentadas por padres de menores que recibieron atención médica sin el conocimiento de los progenitores. En este caso podemos nombrar el suceso de “Canterbury vs. Spence”²⁹, acaecido en el año 1972, que supuso un antes un después en el ámbito del consentimiento informado y de la relación médico-paciente. Otro caso digno de mentar es “Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority”³⁰, quizá más conocido como “Gillick principle”, que surgió en Reino Unido, en 1985. En esta ocasión nos encontramos con un suceso importante en el ámbito del consentimiento médico de los menores de edad. Victoria Gillick, una madre de familia, presentó una demanda contra la autoridad de salud local para impugnar una política que permitía a los médicos proporcionar anticonceptivos a menores de edad sin el conocimiento o consentimiento de los progenitores.

²⁹ Caso “Canterbury vs. Spence” (https://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/canterbury_v_spence.htm).

³⁰ Caso “Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority” (<https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/01/HL-1985-Gillick-v.-West-Norfolk-and-Wisbech-Area-Health-Authority-and-Anr..pdf>).

La resolución de la Cámara de los Lores concluyó que los médicos tienen la facultad de proveer servicios de salud reproductiva a los menores de edad sin necesitar el consentimiento o conocimiento de los padres, siempre y cuando el menor demuestre capacidad para tomar decisiones informadas y tenga pleno entendimiento de las implicaciones médicas y legales de su elección.

El caso sentó las bases del llamado "Gillick principle", el cual reconoce la capacidad de los menores de edad para ejercer decisiones autónomas en temas de salud, especialmente en lo relacionado con su salud sexual y reproductiva. Asimismo, el caso enfatizó la importancia de preservar la autonomía y la confidencialidad de los menores en cuestiones de salud, siempre y cuando se determine que poseen la suficiente madurez para tomar decisiones informadas.

El impacto del denominado "Gillick principle" se ha reflejado en la legislación y práctica médica de diversos países mediante el reconocimiento de los derechos y la capacidad de los menores de edad para solicitar y recibir atención médica confidencial en situaciones específicas. No obstante, este principio también ha generado controversias y, asimismo, planteado desafíos legales en torno a los límites de la autonomía de los menores y las responsabilidades de los progenitores en la toma de decisiones médicas.

Habiendo realizado este contexto histórico a modo de introducción, hemos de adentrarnos en lo que, el concepto de "menor maduro" se refiere. En primer lugar, me parece conveniente diferenciar dos nociones que no se han de confundir. El primero de ellos es el término "maduración", que engloba un proceso complejo de desarrollo neuropsicológico que proporciona las bases necesarias para adquirir nuevas conductas y habilidades. Este proceso está influenciado por una combinación de factores genéticos, psicológicos y ambientales, que interactúan en conjunto para determinar el ritmo y la trayectoria del desarrollo de un individuo en particular. Es importante destacar que la maduración no se limita únicamente al aspecto biológico, sino que también abarca dimensiones cognitivas, emocionales y sociales.

Por otro lado, cuando nos referimos a la "madurez", hacemos alusión al nivel de desarrollo alcanzado por un individuo en función de su edad y experiencias de vida. La madurez implica la adquisición de ciertas habilidades, conocimientos y competencias necesarias para tomar decisiones de manera responsable y autónoma. Esta capacidad se considera esencial, especialmente en el contexto de la esfera médica, donde la toma de

decisiones informadas puede tener implicaciones significativas para la salud y el bienestar del menor.

Es importante tener en cuenta que la determinación de la madurez de un menor no se basa únicamente en criterios cronológicos, sino que implica una evaluación integral de sus capacidades intelectuales, emocionales y de juicio. Además, es crucial considerar el contexto y las circunstancias particulares en las que se encuentra el menor, así como respetar sus derechos y necesidades individuales.

El “menor maduro” es aquel menor de edad que, a pesar de no haber alcanzado la mayoría de edad legal, demuestra un grado de madurez y capacidad suficiente para tomar decisiones informadas en asuntos relacionados con su propia salud. Este concepto es relevante en el ámbito médico, donde se plantea la cuestión de si un menor maduro puede ejercer su autonomía y consentir por sí mismo en determinados tratamientos o procedimientos médicos.

Según el Curso de Derecho Civil de Martínez de Aguirre, el menor maduro es reconocido por la ley como un sujeto capaz de ejercer su autonomía en la esfera médica, siempre y cuando pueda comprender las implicaciones médicas y legales de su elección³¹. Esta capacidad para tomar decisiones informadas se basa en el desarrollo neuropsicológico del menor, así como en su capacidad de discernimiento y juicio.

El Tratado del Menor de Martínez García amplía este concepto al señalar que el menor maduro no debe confundirse con la mayoría de edad legal, ya que se reconoce que algunos menores, a pesar de su corta edad, pueden demostrar un nivel de madurez y competencia para tomar decisiones médicas fundamentadas. Es importante destacar que esta determinación de madurez debe ser realizada de manera individualizada y considerando las características específicas de cada menor³².

Por tanto, el término "menor maduro" se refiere a aquellos menores de edad que han alcanzado un nivel de desarrollo y madurez que les permite tomar decisiones informadas y autónomas en asuntos relacionados con su salud y bienestar, especialmente en el ámbito

³¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *Curso de Derecho Civil (I) Volumen II, Derecho de la Persona*, 6ª Edición, 2018.

³² MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Tratado del menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

médico y de la toma de decisiones médicas. Este concepto surge como un reconocimiento de la capacidad de los menores para ejercer su autonomía y participar activamente en decisiones que afectan su propia vida, superando la tradicional concepción de los menores como sujetos pasivos y dependientes.

Desde una perspectiva jurídica, se reconoce que los menores maduros tienen el derecho fundamental de tomar decisiones sobre su propia salud, siempre y cuando sean capaces de comprender las implicaciones médicas y legales de sus elecciones. Este reconocimiento se basa en los principios de autonomía, dignidad y respeto a los derechos humanos de los menores. El artículo de Ruiz de Huidobro destaca la importancia de evaluar la madurez de cada menor de forma individualizada y considerar factores genéticos, psicológicos y ambientales que influyen en su desarrollo³³.

En el ámbito médico, el concepto del menor maduro se relaciona estrechamente con el principio del consentimiento informado. Los menores maduros tienen la capacidad de comprender la información relevante sobre su salud y las diferentes opciones de tratamiento, así como las consecuencias y riesgos asociados. Por lo tanto, tienen derecho a participar en la toma de decisiones médicas que los afectan directamente. Esto implica que los profesionales de la salud deben brindarles información adecuada y comprensible, asegurando que sean capaces de tomar decisiones informadas sobre su propio cuidado.

La literatura examina los criterios para determinar la madurez de un menor, considerando aspectos como su capacidad de comprensión, razonamiento, juicio y competencia para evaluar los riesgos y beneficios de las opciones disponibles. El libro coordinado por De la Torre proporciona una visión más amplia de cómo se aborda la protección jurídica a la infancia y la adolescencia, destacando la importancia de equilibrar los derechos de los menores con la responsabilidad de los profesionales de la salud y los padres en la toma de decisiones médicas³⁴.

Sin embargo, es importante señalar que el reconocimiento del menor maduro no es absoluto y se encuentra sujeto a ciertos límites y consideraciones éticas y legales. Los debates

³³ RUIZ DE HUIDOBRO, J.M. *El valor jurídico de las decisiones del menor maduro: adolescencia y menor maduro, visión desde el derecho*, Vol. Adolescencia, menor maduro y Bioética, De la Torre, F.J (Coord), Universidad Pontificia Comillas, 2011.

³⁴ DE LA TORRE, F.J (Coord), *Adolescencia, menor maduro y Bioética*, Universidad Pontificia Comillas, 2011.

y desafíos surgen en torno a los límites de la autonomía de los menores, los roles y responsabilidades de los padres y los profesionales de la salud, y la necesidad de proteger el bienestar y la salud de los menores en situaciones particulares. El artículo de Sánchez Jacob examina estos desafíos y proporciona orientación sobre cómo garantizar un entorno de confianza y respeto para la participación activa de los menores maduros en la toma de decisiones médicas³⁵.

Desde un punto de vista personal, el reconocimiento del menor maduro constituye un importante avance en el ámbito jurídico y social, al buscar conciliar la protección de los intereses y derechos de los menores con su creciente autonomía y capacidad para ejercer su autodeterminación en diversos aspectos de su vida. Esta noción reconoce que algunos adolescentes han alcanzado un nivel de desarrollo suficiente para comprender plenamente las implicaciones de sus decisiones y asumir la responsabilidad de las consecuencias que estas puedan acarrear.

En este contexto, se reconoce que los menores maduros son capaces de tomar decisiones informadas y autónomas en asuntos que les conciernen directamente, como la atención médica, la educación, la religión y otros aspectos de su vida personal. Esta capacidad de autodeterminación implica la facultad de expresar sus preferencias, participar activamente en el proceso de toma de decisiones y ejercer cierto grado de control sobre su propia vida.

El reconocimiento del menor maduro se basa en la premisa fundamental de respetar y proteger los derechos de los menores como sujetos de derecho, reconociendo su capacidad de discernimiento y su derecho a participar en cuestiones que les afectan directamente. Se entiende que, a medida que los adolescentes adquieren experiencia, conocimiento y madurez emocional, pueden desarrollar un juicio crítico y reflexivo que les permite tomar decisiones fundamentadas y responsables.

No obstante, es importante señalar que el concepto de menor maduro no implica una emancipación completa de la tutela y protección de los padres o tutores legales. Aunque se reconoce la capacidad del menor maduro para tomar decisiones informadas, se deben establecer límites y salvaguardias legales para garantizar que las decisiones sean tomadas de manera adecuada y en beneficio del propio menor.

Para poder determinar la madurez que posee el paciente, hemos de centrarnos en los

³⁵SÁNCHEZ JACOB, M., “El menor maduro”, Boletín de pediatría, vol. 45, n. 193, 2005.

diferentes factores para su valoración. Para que se le pueda tomar como una persona madura, como un “menor maduro”, el paciente menor de edad deberá ser capaz de:

- Comprender la información pertinente: El paciente debe tener la capacidad de entender la información proporcionada por el médico en cuanto a su enfermedad, los tratamientos disponibles y las posibles consecuencias de cada opción.
- Evaluar el significado de la información: Es esencial que el niño pueda evaluar cómo la información recibida se relaciona con su enfermedad específica y las posibles repercusiones de cada tratamiento en su bienestar.
- Manifestar una preferencia: El niño debe tener la capacidad de comunicar de manera clara su preferencia en relación con su atención médica.
- Llevar a cabo un proceso de reflexión y razonamiento para evaluar las alternativas de tratamiento: El paciente debe tener la capacidad de utilizar la información relevante de manera lógica y coherente, a fin de evaluar y comparar las diferentes opciones de tratamiento disponibles.

En vista de todas estas atribuciones o facultades que se deben disponer para albergar esa madurez de la que hablamos, decir que esas habilidades mentales anteriormente mentadas son fundamentales para determinar si, el niño o adolescente menor de edad, tiene la competencia necesaria para participar activamente en la toma de decisiones relacionadas con su salud. Los facultativos deben evaluar cuidadosamente estas habilidades y considerar si el niño posee la madurez suficiente para comprender las implicaciones de sus elecciones y participar de manera significativa en el proceso de toma de decisiones médicas.

De concordancia con Pablo González Mirasol, en su artículo “Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica”³⁶, y siguiendo con la perspectiva de Marta Sánchez Jacob, resulta relevante poner de relieve un conjunto de periodos, etapas o fases que adquieren significancia, importancia y relevancia judicial, en el ámbito legal. Estas etapas corresponden con determinadas edades hasta llegar a la mayoría de edad legal. En primer lugar, al alcanzar la mayoría de edad, que se establece a los dieciocho años, se obtiene plena capacidad jurídica en diversos ámbitos legales. En el ámbito civil, de conformidad con el artículo 12 de la

³⁶ GONZÁLEZ MIRASOL, P., “Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica”, 2005.

Constitución española³⁷ y el artículo 240 del Código Civil³⁸, se adquiere la capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones de manera plena. Asimismo, se obtiene el derecho al voto en elecciones, regulado en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General³⁹, y se adquiere la capacidad contractual, de acuerdo con el artículo 1263 del Código Civil, lo que permite celebrar contratos de manera autónoma y vinculante⁴⁰.

Por otro lado, a los dieciséis años se alcanzan importantes hitos legales. En el ámbito laboral, de conformidad con el artículo 6.1 y 7 b) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se considera que se alcanza la mayoría de edad laboral, lo que implica la capacidad para trabajar de manera legal y asumir responsabilidades laborales⁴¹. Además, a esta edad se reconoce la capacidad sanitaria, lo que implica la posibilidad de tomar decisiones relacionadas con la propia salud, como consentir a tratamientos médicos. Igualmente, con esta edad, se desbloquea el derecho de emancipación⁴², regulado en el artículo 241 del Código Civil.

Otras edades relevantes en el marco legal son los catorce años cumplidos, donde se alcanzan las mayorías de edad matrimonial y testamentaria, según lo establecido en el artículo 663 del Código Civil⁴³. Sin embargo, es importante señalar que, en cuanto a la capacidad para ser testigo en la formalización de testamentos, existe una excepción para los menores de dieciocho años, quienes generalmente no pueden actuar como testigos, salvo en casos de

³⁷ Artículo 12 de la Constitución española de 1978: *“Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.”*

³⁸ Artículo 240 del Real Decreto por el que se publica el Código Civil español: *“La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos.”*

Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.”

³⁹ Artículo 2.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General: *“El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente.”*

⁴⁰ Artículo 1263 del Real Decreto por el que se publica el Código Civil español: *“Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.”*

⁴¹ Artículo 6.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: *“Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años.”*

Artículo 7 b) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: *“Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.”*

⁴² Artículo 241 del Real Decreto por el que se publica el Código Civil español: *“Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil.”*

testamentos abiertos durante epidemias, donde pueden hacerlo a partir de los dieciséis años. En el ámbito penal, según lo dispuesto en el primer apartado del primer artículo de la Ley Orgánica 5/2000, que regula la responsabilidad penal de los menores, se considera que se alcanza la madurez suficiente para asumir la responsabilidad por actos delictivos⁴⁴.

Por último, es importante mencionar que el inicio de la edad de consentimiento sexual se establece a los dieciséis años, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 181.1 del Código Penal, lo que implica que a partir de esa edad se considera que el individuo tiene la capacidad para consentir de manera voluntaria y consciente en relaciones sexuales⁴⁵.

Por hacer una conclusión, el reconocimiento del menor maduro es un concepto que busca promover la participación activa y autónoma de los adolescentes en la toma de decisiones que les conciernen, respetando sus derechos y capacidades. Este enfoque implica un equilibrio delicado entre la protección de los intereses de los menores y el reconocimiento de su creciente autonomía. En última instancia, se busca promover su desarrollo integral y su capacidad de convertirse en ciudadanos responsables y autónomos en la sociedad.

4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS PACIENTES MENORES DE EDAD.

Antes de comenzar con el desarrollo de los distintos puntos de este apartado, creo oportuno realizar una introducción general del consentimiento informado en los pacientes menores de edad.

⁴³ Artículo 663 del Real Decreto por el que se publica el Código Civil español: “No pueden testar: 1.º La persona menor de catorce años.”

⁴⁴ Artículo 1.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.”

⁴⁵ Artículo 181.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: “El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años.”. Anteriormente, la edad de consentimiento sexual que regía en España era de trece años.

Así pues, el consentimiento informado es un principio ético y legal fundamental en la práctica médica que garantiza que los pacientes tengan el derecho de participar activamente en las decisiones sobre su propia atención médica. Este concepto se basa en el respeto a la autonomía y la dignidad de cada individuo, reconociendo su capacidad para tomar decisiones informadas sobre su propia salud.

La propia 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 su artículo 3 nos ofrece una definición de consentimiento informado, estableciendo de manera literal que el consentimiento informado se trata de 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 salud⁴⁶.

Sin embargo, surge una cuestión compleja cuando se trata del consentimiento informado en los pacientes menores de edad. Los menores no tienen la misma capacidad legal y cognitiva que los adultos para comprender plenamente los riesgos, beneficios y alternativas de un tratamiento médico. Además, la intervención de los padres o tutores legales agrega otra capa de responsabilidad y toma de decisiones en este proceso.

En el contexto médico, el consentimiento informado en los pacientes menores de edad implica la necesidad de equilibrar el derecho del menor a participar en las decisiones que afectan su salud y el deber de los padres o tutores de velar por el bienestar y la protección del niño. Este equilibrio ético y legal es crucial para garantizar una atención médica adecuada y respetuosa en estos casos.

El consentimiento informado en pacientes menores de edad se rige por una serie de principios y consideraciones específicas. En muchos países, existen leyes y regulaciones que establecen la edad mínima a partir de la cual los menores pueden otorgar su propio consentimiento para determinados tratamientos médicos. Estas leyes pueden variar según la jurisdicción y pueden incluir excepciones para situaciones de emergencia o para tratamientos que se consideran de rutina o de bajo riesgo.

Además, en casos en los que los menores no tienen la capacidad para comprender

⁴⁶ Artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora básica de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

plenamente la información médica o tomar decisiones informadas, se espera que los profesionales de la salud busquen el consentimiento sustitutivo de los padres o tutores legales. Esto implica que los padres o tutores deben recibir información completa y comprensible sobre el tratamiento propuesto, los riesgos y beneficios asociados, y tener la capacidad de tomar decisiones informadas en nombre del menor.

4.1. Análisis del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Dentro de la Ley 41/2002, también conocida como Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, se encuentra un artículo de gran importancia: el Artículo 9. Esta disposición legal tiene como propósito garantizar los derechos fundamentales de los pacientes en el ámbito de la atención sanitaria en España, velando por la protección de sus derechos y su capacidad de decisión en relación a su salud y cuidado médico.

El Artículo 9 de la Ley 41/2002 se enfoca principalmente en el derecho esencial de los pacientes a recibir información completa, clara y comprensible acerca de su estado de salud, así como de los diagnósticos, tratamientos y procedimientos médicos a los que serán sometidos. El objetivo principal de este derecho a la información es permitir que los pacientes tomen decisiones informadas y participen activamente en su propio proceso de atención médica.

En virtud de esta ley, los profesionales de la salud tienen la responsabilidad de brindar a los pacientes información comprensible que abarque todos los aspectos relevantes de su atención médica, incluyendo los riesgos y beneficios de los tratamientos propuestos, las alternativas disponibles y las implicaciones que puedan derivarse de las decisiones tomadas. Además, se reconoce el derecho del paciente a conocer su diagnóstico, acceder a su historial clínico y solicitar una segunda opinión médica si así lo desean.

Asimismo, el Artículo 9 de la Ley 41/2002 garantiza el derecho del paciente a otorgar o rechazar su consentimiento para cualquier intervención médica, siempre y cuando se

encuentre en pleno uso de sus facultades mentales. Este consentimiento debe ser voluntario y estar basado en una comprensión adecuada de la información proporcionada.

En resumen, el Artículo 9 de la Ley 41/2002 establece una serie de derechos fundamentales para los pacientes en relación con su atención médica. Estos derechos incluyen el acceso a información completa y comprensible, la participación activa en la toma de decisiones y la capacidad de otorgar un consentimiento informado. Esta legislación enfatiza la importancia de la autonomía del paciente y sienta las bases para una relación médico-paciente basada en la confianza y el respeto mutuo.

Hecha esta pequeña introducción hemos de ahondar en lo que realmente nos concierne, y es que ese artículo 9 de la Ley 41/2002, en su calidad de normativa básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, constituye una disposición fundamental en el contexto del consentimiento informado en el ámbito de la atención médica.

En lo que respecta al alcance del artículo 9 de la Ley 41/2002, establece los principios y requisitos fundamentales del consentimiento informado en pacientes menores de edad. Su objetivo es asegurar que el paciente menor participe en la toma de decisiones sobre su atención médica en la medida en que su grado de madurez y capacidad de comprensión lo permitan⁴⁷. De esta manera, se reconoce la importancia de respetar la autonomía y la dignidad del menor, al tiempo que se protege su bienestar y se garantiza una atención médica adecuada.

En lo referente a los requisitos que rigen en el artículo 9, este establece que, cuando el menor de edad tenga la capacidad suficiente como para comprender y entender adecuadamente la información relevante e importante, así como de valorar las consecuencias de su decisión, su consentimiento informado deberá ser obtenido de forma expresa y específica⁴⁸. En este sentido, lo que verdaderamente se busca es que el niño o adolescente esté debidamente informado sobre su diagnóstico, tratamiento, pronóstico, del mismo modo que de los riesgos y beneficios asociados, para que pueda tomar decisiones fundamentales en relación a su salud. Este artículo 9 establece que este debe ser otorgado por escrito cuando se trate de intervenciones de alto riesgo o cuando así lo exija la normativa específica. Cadenas

⁴⁷ Artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁴⁸ Artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Osuna destaca la relevancia de este requisito para garantizar la seguridad y la adecuada documentación de los procedimientos médicos. Además, se subraya la necesidad de que el consentimiento sea plenamente informado, es decir, que el paciente haya recibido y comprendido la información relevante para tomar una decisión fundamentada⁴⁹. Esta capacidad de la que hablamos, se evalúa de manera individual, considerando aspectos como su capacidad de comprensión, razonamiento y juicio, así como su grado de madurez emocional y su nivel de información sobre la situación clínica⁵⁰. El requisito principal es que el menor de edad sea capaz de comprender y valorar las consecuencias de su decisión.

Sin embargo, y siguiendo con la perspectiva de la autora Davinia Cadenas, el artículo 9 también presenta limitaciones en el ámbito del consentimiento informado. En situaciones de urgencia o cuando el paciente no esté en condiciones de prestar su consentimiento, la Ley permite que se realicen intervenciones médicas sin su autorización previa⁵¹. Esta excepción se justifica por la necesidad de salvaguardar la salud y la vida del paciente en situaciones críticas. Continuando con las limitaciones de nuestro artículo protagonista, establece que el consentimiento informado del menor debe ser respetado, siempre y cuando no vaya en contra de su beneficio o suponga un riesgo grave para su salud⁵². Esta limitación se justifica por la necesidad de proteger al menor y garantizar su bienestar, evitando que pueda tomar decisiones que sean perjudiciales para su propia salud o desarrollo.

En caso de que el menor no tenga la suficiente capacidad como para dar un consentimiento válido, este deberá ser otorgado por sus representantes legales (progenitores o tutores legales), quienes actuarán en su interés superior y velarán por su protección y bienestar⁵³. Los representantes legales deben considerar las recomendaciones profesionales y tomar decisiones que sean acordes con las necesidades y el beneficio del menor de edad⁵⁴.

⁴⁹ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, BOE, Madrid, 2018.

⁵⁰ OGANDO DÍAZ, B., GARCÍA PÉREZ, C., *Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro*, *Pediatría Integral* XI (10), 2007.

⁵¹ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, BOE, Madrid, 2018.

⁵² Artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁵³ Artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁵⁴ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, BOE, Madrid, 2018.

A continuación, el artículo 9 de la Ley 41/2002 tiene importantes implicaciones legales y éticas. Desde el punto de vista legal, este artículo establece los cimientos para el ejercicio del consentimiento informado en el ámbito de los pacientes menores de edad. Define las condiciones en las que el consentimiento del menor es válido y determina la necesidad de contar con el consentimiento de los representantes legales en caso de falta de capacidad del menor. Establece la obligación de los profesionales de la salud de informar al paciente de manera clara y comprensible, evitando la imposición de decisiones o tratamientos sin el debido consentimiento. Asimismo, introduce el principio de autonomía del paciente como un derecho fundamental, reconociendo su capacidad para tomar decisiones sobre su propia salud⁵⁵.

Desde una perspectiva ética, el artículo 9 busca promover la participación del menor de edad en la toma de decisiones que afectan a su salud, reconociendo su autonomía y capacidad para comprender y valorar la información relevante. Asimismo, garantiza la protección y el beneficio del menor cuando este carece de la madurez suficiente para tomar decisiones informadas, así como que asegura el respeto a su dignidad. Se debe equilibrar este respeto a la autonomía con la responsabilidad de los facultativos y los representantes legales de velar por el bienestar del menor de edad⁵⁶.

Es crucial e importante destacar que el consentimiento informado en pacientes menores de edad plantea desafíos éticos complejos, ya que es necesario equilibrar el respeto a la autonomía del menor con la responsabilidad de los profesionales de la salud y los representantes legales de velar por su bienestar. Esta delicada situación requiere una cuidadosa evaluación de cada caso individual, considerando la capacidad de comprensión y madurez del menor, así como las circunstancias médicas específicas.

La Ley 41/2002, emitida el 14 de noviembre, que regula los derechos y obligaciones en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica, se centra en la protección de los pacientes, usuarios y profesionales en el ámbito de la salud⁵⁷. En particular, el artículo 9.3 c) de dicha ley aborda el tema, como ya hemos visto, del consentimiento por representación de los menores de edad.

⁵⁵ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, BOE, Madrid, 2018.

⁵⁶ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

⁵⁷ 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 este contexto, es relevante hacer mención al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, también conocido como el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, o simplemente como Convenio de Oviedo, el cual se estableció el 4 de abril de 1997⁵⁸. En su artículo 6.2 se establece que cuando un menor no tenga capacidad como para expresar su consentimiento, cualquier intervención médica requerirá la autorización de su representante legal, una autoridad competente o una persona o institución designada por la ley⁵⁹.

El informe de explicación adjunto al Convenio resalta la importancia de considerar la edad y la capacidad de comprensión del menor, lo cual puede implicar que en ciertas intervenciones el consentimiento del menor sea necesario o suficiente⁶⁰. Esta perspectiva reconoce la relevancia de la participación del menor en decisiones relacionadas con su salud, otorgándole un mayor peso según su madurez.

Esta normativa ha experimentado modificaciones a consecuencia de diversas reformas llevadas a cabo en 2015, las cuales han alterado, entre otros aspectos, el propio artículo 9, apartado tercero.

En su versión original, dicho artículo contemplaba dos situaciones distintas respaldadas por dos criterios diferentes. Por un lado, se establecía que los mayores de dieciséis años no requerían consentimiento por representación. Por otro lado, se planteaba que los menores de dieciséis años, que contaran con capacidad intelectual y emocional, no parecían necesitar dicho consentimiento. Dentro de esta última categoría, si el menor no cumplía con los requisitos de capacidad necesarios, pero tenía más de doce años, se le otorgaba el derecho de expresar su opinión y ser escuchado⁶⁴.

⁶¹ 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.

⁶² Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, conocido también como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o "Convenio de Oviedo", es un pacto promovido por el Consejo de Europa y firmado en la ciudad española de Oviedo el 4 de abril de 1997.

⁶³ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, conocido también como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o "Convenio de Oviedo", es un pacto promovido por el Consejo de Europa y firmado en la ciudad española de Oviedo el 4 de abril de 1997.

⁶⁴ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

Resulta destacable que, en primer lugar, dentro del criterio de la edad, esta se ha reducido a dieciséis años, sin que sea necesaria la emancipación, en el ámbito sanitario. Por lo tanto, la plena capacidad legal para otorgar un consentimiento válido se alcanza a los dieciséis años, salvo en los casos excepcionales como ensayos clínicos y técnicas de reproducción humana. En este contexto, existe una presunción de capacidad inherente al mayor de dieciséis años, a menos que se demuestre su incapacidad manifiesta o se encuentre legalmente incapacitado⁶⁵.

En segundo lugar, es importante destacar que el artículo incorpora el criterio subjetivo de la capacidad intelectual y emocional para determinar si un menor de dieciséis años puede otorgar un consentimiento válido. No se establece una presunción automática de capacidad, sino que cada caso debe evaluarse de manera individual. En consecuencia, la ley no limita el consentimiento exclusivamente a la edad del paciente, permitiendo que, si un menor de dieciséis años posee un grado suficiente de discernimiento, pueda brindar su consentimiento. Además, incluso si el menor de edad no cumple con los requisitos de madurez suficientes, si supera otro límite de edad, de doce años, también puede ser escuchado⁶⁶.

El mencionado artículo presenta una disposición aparentemente permisiva; sin embargo, se establece una restricción para los casos de riesgo grave, donde se debe tomar en cuenta la opinión de los progenitores, quienes también deben ser debidamente informados. De este modo, la participación de los padres en la toma de decisiones atenúa en cierta medida la actuación autónoma del menor⁶⁷.

La Fiscalía, a través de la Circular 1/2012, alude a la capacidad emocional e intelectual basándose en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño⁶⁸. Este artículo emite de forma literal lo siguiente:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el

⁶⁵ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, conocido también como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o "Convenio de Oviedo", es un pacto promovido por el Consejo de Europa y firmado en la ciudad española de Oviedo el 4 de abril de 1997.

⁶⁶ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

⁶⁷ Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado. Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

⁶⁸ Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, firmado el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

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.”

En otras palabras, la condición indispensable para ejercer el derecho a expresar libremente las propias opiniones es contar con la capacidad de discernir, mientras que la concepción de madurez conlleva cierto grado de sensatez y autonomía en la expresión de las opiniones mencionadas. Asimismo, se afirma que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 9.3 a) de la Ley 41/2002 atribuye expresamente al "médico responsable de la asistencia" la evaluación de la "capacidad de decisión" del paciente. Si bien el artículo 9.3 c) no menciona una instancia específica para evaluar la capacidad del menor, se entiende que esta atribución general de evaluación es aplicable también a los pacientes menores. Ante la falta de una mayor precisión legal, se señala que los médicos deben decidir en cada caso con sentido común y discreción⁶⁹.

La postura adoptada por la Fiscalía se centra en la premisa de que la evaluación de la madurez necesaria para cada intervención médica debe considerar diversos factores, como los sujetos involucrados, las implicaciones y la importancia del procedimiento. Para proporcionar orientación, se establecieron criterios fundamentales.

En primer término, resulta imprescindible llevar a cabo una evaluación exhaustiva de la capacidad del menor, con el objetivo de tomar debidamente en consideración sus puntos de vista y de informarle de manera adecuada acerca de la posible influencia de los mismos en el proceso de adopción de decisiones. Asimismo, es crucial realizar un análisis riguroso para determinar si las opiniones expresadas por el menor alcanzan un grado mínimo de racionalidad, teniendo en cuenta la singularidad de cada individuo y las particularidades del caso en cuestión.

En segundo lugar, se hace hincapié en que la edad no debe ser el único elemento determinante para evaluar la pertinencia de las opiniones manifestadas por el niño, ya que el

⁶⁹ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

desarrollo cognitivo y emocional no presenta una correlación uniforme con la medida temporal que indica la edad cronológica. Es preciso considerar otros factores relevantes para comprender de manera adecuada la importancia y el peso que deben atribuirse a las opiniones del menor en cada situación específica.

Adicionalmente, resulta destacable resaltar la trascendencia de tener en cuenta las repercusiones que la cuestión en cuestión puede tener en la vida del menor, sobre todo cuando las consecuencias derivadas de la decisión adoptada sean de gran importancia o irreversible naturaleza. En tales circunstancias, se impone la necesidad de llevar a cabo una evaluación minuciosa de la madurez del menor y de realizar una apreciación más rigurosa de los presupuestos que sustentan dicha evaluación⁷⁰.

Por lo tanto, y en consecuencia, se puede inferir que la Fiscalía sostiene una postura inequívoca, donde se deja claro que se prefiere una evaluación minuciosa y exhaustiva de la capacidad del paciente menor de edad para, de esta forma, garantizar que el niño o adolescente haya comprendido completa y cabalmente la intervención médica que se le va a practicar, así como sus implicaciones. Con lo cual, de aquí sustraemos que se prioriza considerar el criterio de la madurez y capacidad en general en lugar de simplemente basarse en la edad, la cual no debe ser tomada como un criterio absoluto y decisivo.

Otra modificación importante es la introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia, que reformó el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esta alteración surge como resultado de la inclusión de los lineamientos establecidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, la cual aborda el tratamiento sustantivo de los conflictos relacionados con transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas en menores de edad en situaciones de riesgo grave⁷¹. Dicha Circular 1/2012 defiende la necesidad de incorporar tanto el criterio objetivo, basado en la edad, como el criterio

⁷⁰ En línea con el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, así como con el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, se enfatiza la relevancia de considerar detenidamente los efectos y las implicaciones de las decisiones que afectan a los menores, especialmente en aquellos casos en los que se vislumbren consecuencias trascendentales o de carácter irreversible.

⁷¹ En Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado. Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

subjetivo de madurez del menor⁷².

A pesar de lo establecido con antelación, en caso de una intervención de gran peligro para la vida o salud del menor, según el criterio del profesional médico, el consentimiento será otorgado por el tutor legal del menor, después de haber escuchado y considerado la opinión del menor.

Desde la perspectiva estructural y procedimental de las normas, se establece en el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, una edad mínima de dieciséis años para el consentimiento autónomo, al tiempo que se mantiene la exigencia de capacidad natural del paciente en el apartado anterior (artículo 9.3) para evitar el consentimiento por representación⁷³.

Parra Lucán ha dedicado su labor investigadora al análisis de la capacidad del paciente para otorgar un consentimiento informado válido, profundizando en esta cuestión y resaltando diversos puntos de vital importancia. Su estudio exhaustivo destaca aspectos críticos que involucran la materia, ofreciendo una perspectiva enriquecedora y esclarecedora sobre el tema⁷⁴.

Estas disposiciones son coherentes con el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano en relación con la aplicación de la biología y la medicina. Este Convenio de Oviedo aborda principios éticos y salvaguardias con el propósito de proteger los derechos y la dignidad de las personas en el ámbito de la biomedicina, incluyendo aspectos vinculados a la autonomía y al consentimiento informado⁷⁵.

Desde la perspectiva centrada en el contenido y principios, es relevante destacar que se producen modificaciones significativas en relación a los pacientes menores de dieciséis años que no poseen la capacidad natural necesaria pero que sí tienen el derecho a ser oídos. Se suprime la edad mínima de los doce años y se incorpora como fundamento el artículo 9 de

⁷²Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁷³ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

⁷⁴ PARRA LUCÁN, M. A. *La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español*. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 2/2003, Editorial Aranzadi, SAU.

⁷⁵ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, conocido también como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o "Convenio de Oviedo", es un pacto promovido por el Consejo de Europa y firmado en la ciudad española de Oviedo el 4 de abril de 1997.

la Ley de Protección Jurídica del Menor⁷⁶. El artículo 9 indica que el menor tiene derecho, en todo caso, a ser oído y escuchado sin poder discriminarlo por razón de su edad y en el apartado segundo establece como garantía que el menor, que, cuando tenga madurez suficiente, podrá llevar a cabo este derecho por sí⁷⁷, pero que si no fuese al interés del menor podrán ejercer este derecho sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos⁷⁸.

Estas disposiciones también encuentran respaldo en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta ley tiene como finalidad reforzar el sistema de protección de los derechos de los menores, garantizando su bienestar y su participación activa en los asuntos que les conciernen. La ley reconoce la importancia de escuchar la voz de los menores y tener en cuenta sus opiniones en los procesos judiciales y administrativos que los afectan, incluyendo aquellos relacionados con intervenciones médicas de alto riesgo para su vida o salud. Asimismo, se establecen mecanismos para salvaguardar su interés superior y promover una atención integral y adecuada en su ámbito de desarrollo⁷⁹.

En virtud de lo anteriormente expuesto, resulta pertinente destacar dos aspectos primordiales: en primer término, es menester subrayar que todo menor, sin excepción de edad, ostenta el inalienable derecho a que se tome en consideración su parecer, independientemente de su minoría de edad; y en segundo lugar, se introduce un criterio subjetivo adicional para determinar si el menor cuenta con la capacidad suficiente para ejercer personalmente tal prerrogativa, o si, por el contrario, debe ser representado por terceros.

Ambos preceptos legales se entrelazan y dan lugar a dos escenarios diferenciados: en primer término, cuando el menor exhibe una capacidad intelectual y emocional adecuada, es decir, cuenta con un grado de madurez idóneo, se le reconoce el derecho de ser oído y de otorgar su consentimiento de manera autónoma. Por otra parte, en el segundo escenario, cuando el menor no satisface los requisitos necesarios de capacidad, se salvaguarda su

⁷⁶ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

⁷⁷ Artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁷⁸ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

⁷⁹ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

derecho a ser oído con miras a proteger su interés superior. En estos casos, serán los representantes legales quienes ejerzan dicha prerrogativa y otorguen el consentimiento en nombre del menor.

Esta innovadora disposición tiene por finalidad garantizar y tutelar los derechos de los menores en el ámbito de la atención sanitaria, en aras de preservar su interés superior y fomentar su participación activa en los procesos de toma de decisiones.

Se ha implementado un segundo cambio que incide en el ámbito del consentimiento en casos de intervenciones con un riesgo grave para la salud y la vida que implican un riesgo grave para la salud y la vida del menor. Anteriormente, el artículo noveno establecía que los padres debían ser informados y que su opinión era considerada, pero en la actualidad se ha establecido que son los padres quienes, en representación del menor, otorgan directamente el consentimiento, incluso cuando este haya alcanzado la edad de dieciséis años. Esta medida puede ser considerada contradictoria, ya que, por un lado, la ley reconoce la capacidad de decisión del menor y, por otro lado, la restringe al requerir la intervención de los representantes legales. La finalidad de esta modificación parece ser abordar la incertidumbre que existía en relación a intervenciones médicas de alto riesgo, buscando proporcionar una mayor seguridad tanto para los profesionales de la salud como para los responsables sanitarios. En aras de salvaguardar la seguridad jurídica y atender a las necesidades del ámbito médico, se ha optado por que los representantes legales sean los encargados de otorgar el consentimiento en lugar de permitir que los menores ejerzan su capacidad de decisión⁸⁰.

4.2. La medicina voluntaria en los menores de edad.

Creo oportuno el comienzo de este apartado explicando y estableciendo las definiciones de dos conceptos: la medicina curativa y la medicina voluntaria.

En primer lugar, la medicina curativa abarca el campo de la medicina centrada en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades y trastornos con el propósito de restablecer la

⁸⁰ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

salud y el bienestar del paciente. Es el enfoque convencional utilizado para abordar las condiciones y síntomas que afectan la salud de las personas.

Desde el punto de vista jurídico, la medicina curativa se rige por principios legales y éticos que aseguran la protección de los derechos del paciente y promueven su autonomía. El consentimiento informado juega un papel primordial en este contexto. Según la investigación de Cadenas Osuna (2018), y como ya hemos visto a lo largo de este trabajo de fin de grado, el consentimiento informado se refiere al proceso en el cual el médico brinda información adecuada al paciente menor de edad, que es el sujeto que nos concierne, quien otorga su consentimiento de manera voluntaria y consciente para recibir tratamientos médicos específicos, incluyendo aquellos relacionados con la medicina curativa⁸¹. Este proceso garantiza que el paciente comprenda los riesgos, beneficios y alternativas disponibles, permitiéndole tomar decisiones informadas acerca de su atención médica.

Es importante destacar que la medicina curativa se basa en la aplicación de tratamientos y terapias médicas específicas consideradas apropiadas para abordar las enfermedades diagnosticadas. Estos tratamientos pueden comprender el uso de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, terapias físicas u otras intervenciones médicas destinadas a eliminar o controlar los síntomas y tratar la enfermedad en sí misma.

La medicina curativa se sustenta en el conocimiento científico y técnico, así como en los avances médicos y tecnológicos que permiten un diagnóstico preciso y opciones de tratamiento efectivas. Los profesionales de la medicina curativa, como médicos y cirujanos, emplean sus conocimientos y habilidades para evaluar, diagnosticar y tratar las enfermedades, con el objetivo de restaurar la salud y mejorar la calidad de vida de los pacientes.

En resumen, la medicina curativa se enfoca en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades y trastornos para restablecer la salud del paciente. Este enfoque se basa en principios legales y éticos, incluyendo el consentimiento informado, que aseguran que los pacientes tomen decisiones informadas acerca de su atención médica. La medicina curativa se apoya en el conocimiento científico y técnico, y utiliza tratamientos médicos específicos para abordar las enfermedades diagnosticadas.

⁸¹ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, BOE, Madrid, 2018.

En segundo lugar, nos encontramos con la medicina voluntaria o, también llamada, medicina satisfactiva. La medicina voluntaria se refiere a la atención médica en la cual un paciente menor de edad, que posee la capacidad de discernir y cuenta con la asesoría de sus padres o representantes legales, opta por someterse a un tratamiento o intervención médica de manera voluntaria y consciente, sin que exista una necesidad inmediata o urgente para su salud. Esta forma de medicina implica que el paciente, siendo un menor, tome una decisión informada y autónoma respecto a su propia atención médica.

Es decir, en otras palabras, la medicina satisfactiva o voluntaria se refiere a la rama de la medicina en la cual los individuos, en este caso los pacientes menores de edad, sin presentar una afección médica preexistente, optan de manera voluntaria someterse a procedimientos o tratamientos con el objetivo de mejorar su apariencia estética. En estos casos, no hay una dolencia o trastorno patológico subyacente que justifique la intervención, sino que se busca exclusivamente obtener los resultados estéticos deseados.

Desde una perspectiva jurídica, el consentimiento del menor en medicina de elección se encuentra regulado por disposiciones legales que garantizan los derechos del paciente y fomentan su autonomía. Arbesú González destaca que las reformas introducidas por la Disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, de protección a la infancia y a la adolescencia, han tenido un impacto significativo en el consentimiento del menor en medicina de elección, otorgándole mayor relevancia y considerando la opinión del menor en función de su nivel de madurez y capacidad de comprensión⁸².

Es crucial tener en consideración que la medicina de elección implica una toma de decisiones consciente y deliberada por parte del menor, quien debe contar con información suficiente y comprensible acerca de los riesgos, beneficios y alternativas del tratamiento propuesto. El consentimiento informado, según lo señalado por Cadenas Osuna (2018), es el proceso mediante el cual el paciente, en este caso el menor, entiende la naturaleza de su enfermedad, las opciones de tratamiento y los posibles resultados, tomando una decisión informada en colaboración con su médico.

⁸² ARBESÚ GONZÁLEZ, V., *“El consentimiento del menor en medicina voluntaria. A propósito de la reforma operada por la Disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica”*. Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso 2016.

La medicina satisfactiva puede englobar diferentes áreas de atención médica, tales como tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, terapias de rehabilitación, entre otros. Asimismo, en su alcance también se pueden contemplar: la práctica de intervenciones estéticas quirúrgicas, los tratamientos odontológicos para mejorar la apariencia, los procedimientos oftalmológicos para reemplazar la visión con el uso de lentes, las técnicas de control de fertilidad (tales como la vasectomía en varones o la ligadura de trompas en mujeres), los métodos de reproducción asistida y la participación en estudios clínicos sin propósito terapéutico⁸³. Es de vital importancia que el menor cuente con la debida asesoría y respaldo de sus padres o representantes legales, quienes tienen la responsabilidad de evaluar la madurez y capacidad del menor para participar en el proceso de toma de decisiones médicas.

Por lo tanto, podemos dilucidar que la diferencia fundamental que reside entre la medicina curativa y la medicina voluntaria radica en su objetivo y en la naturaleza de la decisión del paciente. La medicina curativa (igualmente reconocida como medicina necesaria, terapéutica o asistencial) se centra en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades con el propósito de reestablecer la salud del paciente, mientras que la medicina voluntaria o satisfactiva implica que el paciente, en este caso un menor de edad, toma una decisión informada y autónoma para someterse a un tratamiento o intervención médica sin una necesidad inmediata o urgente y del que no pelagra de ningún modo su salud o integridad física o psíquica.

la diferencia fundamental entre la medicina curativa y la medicina voluntaria radica en su objetivo y en la naturaleza de la decisión del paciente. La medicina curativa se centra en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades con el propósito de restablecer la salud del paciente, mientras que la medicina voluntaria implica que el paciente, en este caso un menor, toma una decisión informada y autónoma para someterse a un tratamiento o intervención médica sin una necesidad inmediata o urgente.

Por otro lado, también es digna de mención la conocida como cirugía plástica. La cirugía plástica, según Galán Cortés⁸⁴, se refiere a una especialidad médica enfocada en la corrección

⁸³ ARBESÚ GONZÁLEZ, V., "El consentimiento del menor en medicina voluntaria. A propósito de la reforma operada por la Disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica". Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso 2016.

⁸⁴ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad Civil Médica*, Tercera Ed. junio 2011, Civitas, Thomson Reuters.

y reconstrucción de deficiencias físicas con el propósito de mejorar la apariencia estética y, en ocasiones, la funcionalidad del paciente. Esta disciplina médica se fundamenta en técnicas quirúrgicas y procedimientos reconstructivos avanzados que permiten remodelar y reestructurar los tejidos y estructuras corporales.

Bajo una mirada jurídica y legal, la cirugía plástica puede involucrar aspectos de responsabilidad civil médica. Continuando con lo expuesto por el médico y abogado Julio César Galán, la responsabilidad civil médica abarca las implicaciones legales y de responsabilidad que surgen de la práctica médica, incluyendo la cirugía plástica. Los profesionales de la cirugía plástica tienen la obligación legal de cumplir con los estándares de atención apropiados, proporcionar información completa y precisa a los pacientes, obtener un consentimiento informado válido y realizar los procedimientos quirúrgicos de manera competente y segura. En caso de que ocurra algún daño o perjuicio debido a negligencia o incumplimiento de los estándares de atención, puede surgir la responsabilidad civil médica⁸⁵.

Es importante destacar que la cirugía plástica abarca una amplia gama de procedimientos, como la reconstrucción de tejidos después de lesiones o cirugías previas, la corrección de malformaciones congénitas, la remodelación de los senos, la abdominoplastia y la liposucción, entre otros. Cada procedimiento requiere conocimientos técnicos especializados y un enfoque personalizado para lograr resultados estéticos satisfactorios.

Siguiendo con el contexto de la medicina voluntaria, al igual que en todas las intervenciones médicas quirúrgicas, se plantea la necesidad de abordar la comunicación previa que el facultativo debe brindar al paciente, previamente a la intervención de turno, considerando su naturaleza de no esencial para la preservación de la salud. Resulta imperativo destacar la consolidada doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Primera del Tribunal Supremo⁸⁶, la cual establece directrices claras en relación a esta materia. De forma adicional a la obligación de suministrar la información requerida a los pacientes en intervenciones, que

⁸⁵ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad Civil Médica*, Tercera Ed. junio 2011, Civitas, Thomson Reuters.

⁸⁶ Esto es un breve compendio de lo que se deriva de la Sentencia del Tribunal Supremo número 758/2005 del 21 de octubre de 2005: El deber de información en la cirugía estética incluye proporcionar información objetiva, veraz y completa sobre las posibilidades de éxito, así como las secuelas, riesgos y complicaciones que puedan surgir, independientemente de su frecuencia. Incluso eventos remotos o poco probables deben ser advertidos, especialmente si implican complicaciones graves o empeoramiento del estado estético. Solo se excluyen los riesgos desconocidos por la ciencia médica en ese momento.

se encuentra recogida en la Ley 41/2002⁸⁷, objeto de este trabajo, se impone el deber imperativo de proporcionar una exposición detallada de todos los riesgos conocidos por la ciencia médica en el momento oportuno, abarcando tanto los riesgos habituales como aquellos riesgos de naturaleza excepcional. Además, de manera complementaria a esto, se requiere informar de igual manera acerca de las posibles contingencias que podrían obstaculizar la consecución de los resultados deseados. Este enfoque tiene como finalidad proteger la autonomía del paciente y asegurar su capacidad para tomar decisiones informadas en relación con su atención médica.

Pues bien, visto todo esto y ahondando en los niños y adolescentes, que es el caso que realmente nos concierne, podemos colegir que las personas menores de edad sí pueden someterse a intervenciones que expongan su integridad física sin precisar de que medie una necesidad por padecer alguna dolencia. En otras palabras, los menores sí que podrán llevar a cabo la medicina satisfactiva, ahora bien, para ello será imprescindible el consentimiento expreso de sus progenitores o tutores legales, así como la manifestación del paciente (el menor) de querer ser intervenido. La fundamentación de esta afirmación se encuentra respaldada en el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, que establece que en relación a los menores emancipados o aquellos menores de edad que sean mayores de 16 años que no se encuentren en los casos establecidos en los apartados anteriores (artículo 9.3 b) y c)), no sería necesario brindar el consentimiento a través de representación. El párrafo continúa diciendo que, amén de lo expuesto anteriormente, cuando se trate de una actuación que suponga un riesgo grave para la vida o salud del menor, según la valoración del profesional médico, el consentimiento será otorgado por el representante legal del menor, una vez que haya escuchado y

⁸⁷ La información al paciente se regula en los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, según los cuales disponen, resumida y respectivamente, lo siguiente:

En primer lugar, el artículo 4 dice que los pacientes tienen el derecho de recibir toda la información relacionada con su salud, salvo en casos excepcionales establecidos por la ley. También se respeta el derecho de las personas a no ser informadas si así lo desean. La información debe ser proporcionada verbalmente y registrada en el historial clínico, e incluye la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de cada intervención. La información clínica es fundamental en todas las acciones médicas, debe ser veraz, comprensible y adaptada a las necesidades del paciente, para ayudarlo a tomar decisiones basadas en su voluntad. El médico a cargo del paciente es responsable de garantizar su derecho a la información, y los profesionales que participen en el proceso asistencial también tienen la responsabilidad de informar adecuadamente al paciente.

En segundo lugar, el artículo 10 de dicha ley emite que el médico debe informar al paciente sobre las consecuencias, riesgos relacionados con las circunstancias del paciente, riesgos probables en condiciones normales y contraindicaciones de la intervención antes de obtener su consentimiento por escrito. En casos de resultados inciertos o dudosos, el consentimiento escrito del paciente es aún más necesario e importante.

considerado la opinión del propio menor⁸⁸.

Por ende, podríamos afirmar que la edad legal para que un menor de edad pueda someterse a una intervención quirúrgica voluntaria es de 16 años, siempre que, lógicamente, concorra su deseo y, sin excepción alguna, con el consentimiento de sus padres (o quien sea tenga su representación legal). Lo cierto es que esto, según el análisis de la abogada Vanesa Arbesú, se presenta como una cuestión notablemente más intrincada⁸⁹. Existe una controversia entre distintos expertos en torno al análisis individualizado requerido para evaluar la capacidad psicológica de los menores y determinar si son competentes para tomar decisiones sobre su propia salud.

Algunos estudiosos defienden la necesidad de examinar cada caso de manera particular con el objetivo de verificar si el menor posee la suficiente madurez para decidir sobre su bienestar. Por otro lado, hay académicos argumentan que, debido a los riesgos significativos asociados a las intervenciones voluntarias que, como ya hemos visto, significaría la exposición de posibles amenazas severas para su salud, se debería establecer una limitación de edad para otorgar el consentimiento⁹⁰.

Paralelamente hemos de tratar otro aspecto que, además de interesante y atrayente, puede llevar a quebraderos de cabeza. Esta cuestión es relativa al sometimiento de una intervención satisfactoria por parte del menor de edad pero, ésta vez, por razón de que éste sufre de alguna patología. Por poner en contexto alguna muestra de esta situación sería, verbigracia, un adolescente de 15 años que sufre bullying por el aspecto que muestra su nariz, lo cual le ha desencadenado un desequilibrio mental, no queriendo acudir a la escuela y llevando a cabo distintas amenazas e intentos de suicidio. Como se puede intuir, este supuesto menor de edad no tiene un bienestar mental propio de una persona de su edad, con lo cual ya no se trata

⁸⁸ Artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁸⁹ ARBESÚ GONZÁLEZ, V., *“El consentimiento del menor en medicina voluntaria. A propósito de la reforma operada por la Disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica”*. Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso 2016.

⁹⁰ El límite de edad que se propondría sería pues de 18 años, dado que se supone que, alcanzada esta edad (mayoría de edad en España), se considera a la persona como totalmente madura y consecuente con sus decisiones, al igual que lo expuesto por la Ley 41/2002 en su apartado noveno apartado cinco, el cual dice que la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

solamente de medicina voluntaria, sino que pasa a catalogarse como medicina curativa, pues a tenor de que su nariz no le provoca ningún malestar físico o vital, si lo hace psíquico llevándolo a atentar contra su propia vida, y eso si constituye un grave riesgo para su integridad física, salud y vida. En otras palabras; se trata de la situación en la que un menor expresa su deseo de recibir un tratamiento médico voluntario (por ejemplo, una intervención quirúrgica voluntaria) debido a que se encuentra afectado por una condición o enfermedad preexistente. Bajo estas circunstancias, sería inapropiado e impropio limitar la capacidad para dar el consentimiento hasta alcanzar los 18 años, es decir, la mayoría de edad legal, pues existe una necesidad clínica que justifica y respalda dicha acción o procedimiento médico.

Cabe destacar una propuesta planteada por Ruiz Jiménez, autora de “La situación del menor en el ámbito sanitario”, artículo de revista del año 2011⁹¹, en el cual manifiesta que las redes sociales, lógicamente, son una herramienta la mar de útil, pero que para otros aspectos puede ser perjudicial y enfermiza. A lo que nuestra autora se refiere es a la enorme influencia que los autodenominados “influencers” ejercen sobre los más pequeños y el colectivo más susceptible de la sociedad. En las redes sociales se exponen los ejemplos a seguir o, incluso, “héroes” a los que los niños y adolescentes (y prácticamente toda la población, pero hemos de centrarnos en los menores de edad) rinden culto e idolatran. A menudo estos famosos rozan la belleza, o lo que socialmente se cree que es la “belleza perfecta”, a lo que los menores pretenden aspirar e imitar. Los rostros y cuerpos esculturales de estos personajes con mucha frecuencia han sido alcanzados con ayuda de intervenciones estéticas (operaciones faciales, tales como el uso de bótox o la rinoplastia, aumento o levantamiento de senos, así como de glúteos, abdominoplastia, liposucción...), y el grupo el cual se encuentra más afectado por ello, son los adolescentes, pues de todos es sabido que es en esta franja de edad donde las personas tienen más complejos, de la misma forma que pretenden encajar en sus grupos de amistades o, en general, en la sociedad.

Un ejemplo que encaja perfectamente en este sentido, es el de la famosa modelo estadounidense Isabella Khair Hadid, más comúnmente conocida como Bella Hadid, la cual se sometió a una rinoplastia con tan solo 14 años. Bella expuso su nariz a una intervención quirúrgica a tan temprana edad debido a que, como explicó en una entrevista publicada por Vogue USA⁹², era una joven con marcados sentimientos de inseguridad, dificultades en su

⁹¹ RUIZ JIMÉNEZ, J., “La situación del menor en el ámbito sanitario”, Revista Pediatría Atención Primaria, vol. 13, N.º 50, 2011.

⁹² <https://www.vogue.com/article/bella-hadid-cover-april-2022>

percepción física, con tristeza, trastornos alimentarios, aversión al contacto físico, ansiedad, entre otros.

El problema reside, como ya se ha apuntado, en que, como los menores de hoy en día tienen un acceso sumamente fácil para ingresar a las redes sociales, viven viendo a estos individuos fraguando en su mente una obsesión en lo relativo al concepto de la estética y la belleza que la sociedad ha ido imponiendo a lo largo de la historia.

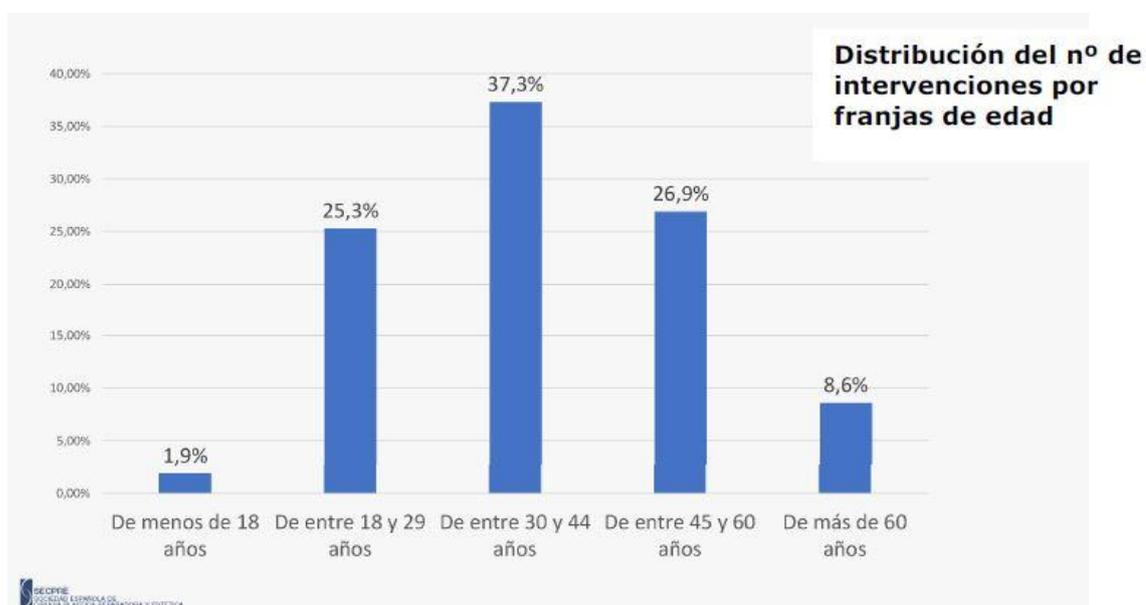
Entrando en jurisprudencia y en casos que no salieron como debería o se pensaba el cliente/paciente en un primer momento, cabe mencionar un suceso acontecido en nuestro país que, para el cual, hemos de retrotraernos a otro milenio, concretamente al siglo pasado, en el año 1987⁹³, que es cuando se produjo la primera operación al respecto. Un resumen breve de este caso podría ser el siguiente: La demandante, D^a Gloria, de dieciséis años de edad en ese momento, deseaba crecer siete centímetros más para alcanzar la estatura de su madre. Sus padres la llevaron al especialista, quien obtuvo la autorización para realizar una intervención quirúrgica de alargamiento de piernas. Sin embargo, no se ha demostrado que los padres recibieran una información completa sobre los riesgos y secuelas de estas operaciones. A lo largo del proceso, nuestra paciente menor de edad protagonista, Gloria, se sometió a la realización de varias cirugías y tratamientos, pero la paciente presentó deformidades significativas en las rodillas, los pies y la cadera, así como neuropatía en los nervios tibial y peroneal. Se practicaron más intervenciones para corregir las deformidades, pero la demandante quedó con cicatrices, rigidez en los tobillos, desigualdad en la longitud de las piernas o disimetría y limitaciones funcionales. Estas limitaciones dificultan la movilidad en terrenos irregulares, escaleras, carrera y la práctica de deportes y ciertos trabajos.

Por poner en contexto algunos datos estadísticos sobre la medicina satisfactiva en los menores de edad legal, según los registros de la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética (SECPRE), los niños y adolescentes suponen un 1.9% del total de las personas que se exponen a este tipo de operaciones. Esto se traduce en que son 8.000, aproximadamente, las operaciones a menores que se realizan en nuestro país al año⁹⁴. Resalta sabiamente el médico cirujano Luis López Burbano que, si bien no es una cantidad

⁹³ STS 1124/97, 2 de Diciembre de 1997 (<https://vlex.es/vid/medica-intervencion-quirurgica-nexo-causal-17744387>).

⁹⁴ Nota de prensa. Encuesta “La realidad de la Cirugía Estética en España 2017-2018” publicada por la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética (SECPRE).

considerable, es un valor que debemos tener en cuenta, dado que cada año aumenta de forma casi alarmante. A continuación, un gráfico sobre la distribución del número de intervenciones por franjas de edad en España⁹⁵:



Entrando en materia autonómica, nos trasladamos a la Comunidad Autónoma de Andalucía. El Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía, establece regulaciones para la protección de menores que se someten a cirugía estética, reconociendo que los adolescentes pueden carecer de la madurez necesaria para enfrentar los cambios en su imagen corporal y comprender plenamente los riesgos involucrados. Podemos afirmar con seguridad que la Comunidad Autónoma de Andalucía se encuentra a la vanguardia en la protección de los derechos de los menores de edad en el ámbito de las cirugías estéticas, siendo pionera en esta materia. La norma también destaca la influencia negativa de la publicidad agresiva y la minimización de los riesgos de la cirugía estética, lo que hace que los adolescentes sean más vulnerables a su oferta accesible. En respuesta, la Administración Sanitaria Pública de Andalucía tiene la responsabilidad de

⁹⁵ <https://www.rtve.es/playz/20210113/aumento-casos-cirurgia-estetica-pandemia/2065033.shtml>

garantizar que los menores estén informados sobre los riesgos y las posibles diferencias de género, asegurando que tengan la madurez suficiente para evaluar adecuadamente la situación. Es importante proporcionarles información completa y objetiva, adaptada a su desarrollo madurativo, y asegurar una relación razonable entre riesgo y beneficio, teniendo en cuenta la perspectiva de género de manera transversal⁹⁶.

Por lo que a continuación se expondrá, la concepción de Andalucía sobre la edad en la que se ha de encontrar un menor maduro, visto previamente en este trabajo de fin de grado, concretamente en el punto 2.3 del índice, es entre los 12 y los 15 años. Esto se puede extrapolar de lo dispuesto en su artículo 6.2 a) y b) que, respectivamente, dicen lo siguiente: Según el artículo 6.2.a), un menor emancipado o mayor de dieciséis años puede decidir de manera independiente, pero antes de la intervención debe someterse a una evaluación psicológica. Además, si los tutores se oponen a la operación, su opinión debe ser considerada. Por otro lado, según el artículo 6.2.b), cuando se trata de un menor de doce años, el consentimiento informado debe ser otorgado por sus padres o tutores legales, después de que el profesional responsable escuche la opinión del menor, según lo establece la Ley 41/2002⁹⁷.

Para finalizar con este punto, verbalizar que este Decreto 49/2009, de 3 de marzo, implementa una exigencia fundamental que no se encuentra presente en la normativa estatal, lo cual solo hace que fortalecer lo establecido por la Ley 41/2002 a nivel nacional, además de complementarla. Asimismo, se destaca la importancia de adaptar de manera adecuada la información relacionada con la intervención, considerando de manera individual la madurez y capacidad cognitiva de cada menor de edad.

⁹⁶ Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, número 53 de 18/03/2009.

⁹⁷ Artículos 6.2 a) y b) del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, número 53 de 18/03/2009 que, de manera exacta, disponen lo siguiente:

“a) Cuando se trate de una persona menor de edad con dieciséis años cumplidos o emancipada, se estará a lo que ésta decida y podrá otorgar el consentimiento informado. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, y de conformidad con el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, los padres o tutores serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

b) Cuando se trate de una persona menor con doce años cumplidos, el consentimiento informado será otorgado por su padre o madre o quienes tengan la tutela o representación legal, después de que la persona facultativa responsable escuche la opinión del menor, según dispone la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.”

5. EL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO.

5.1. La Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

Nos adentramos en un punto el cual ya hemos tratado a lo largo de los diferentes puntos de este trabajo, pero eso no significa que desmerezca volver a ser nombrado y analizado en profundidad.

Pues bien, la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado aborda el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos relacionados con transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas en menores de edad en situaciones de riesgo grave. Este documento, dejando de lado que se trata de un escrito trascendental en el ámbito jurídico y médico, se basa en la necesidad de conciliar el derecho a la vida y a la salud del menor con las creencias religiosas o convicciones de los padres o tutores.

Como se verá, la Circular se enfoca en la protección de los derechos del menor, el principio de autonomía de los padres y la necesidad de encontrar un equilibrio entre ellos. De acuerdo con Romeo Casanova, existen límites claros en la posición del garante de los padres respecto a la toma de decisiones médicas por motivos religiosos⁹⁸.

En su análisis, el autor argumenta que el interés superior del menor, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño⁹⁹, debe prevalecer sobre las convicciones religiosas de los padres. Esto implica que, en casos de riesgo grave para la vida o la salud del menor, se deben tomar medidas para proteger al menor, incluso si los padres se oponen por motivos religiosos.

En términos legales, la Circular se basa en el reconocimiento de los derechos fundamentales del menor, incluido el derecho a la vida y a recibir atención médica adecuada.

⁹⁸ ROMEO CASABONA, C. M., ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor), Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, num. 2, 1998, p. 327-348.

⁹⁹ En el texto de la Convención sobre los Derechos del niño se instituye lo siguiente “Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.”.

Sin embargo, también reconoce el principio de autonomía de los padres en la toma de decisiones relacionadas con la salud de sus hijos. Esto crea un desafío para los fiscales al tener que equilibrar estos derechos y principios en situaciones en las que la vida o la salud del menor están en riesgo grave.

La Circular establece que, en casos de conflicto, la prioridad debe ser siempre proteger la vida y la salud del menor. Así mismo se hace hincapié en la necesidad de evaluar cuidadosamente la gravedad del riesgo y la viabilidad de alternativas médicas menos invasivas antes de considerar intervenciones que podrían entrar en conflicto con las creencias de los padres.

Dentro del análisis de cada caso, se deben considerar diversos factores y elementos, como pueden ser la capacidad de discernimiento del menor, su madurez, su capacidad para comprender las implicaciones de la intervención médica, la existencia de alternativas médicas viables y la opinión de profesionales de la salud. Igualmente, se mencionan aspectos relacionados con los procedimientos legales y los plazos establecidos para abordar estos conflictos de manera efectiva¹⁰⁰.

En términos procesales, la circular establece los procedimientos que los fiscales deben seguir para abordar estos conflictos de manera efectiva. Se destaca la importancia de la comunicación y el diálogo entre los diferentes actores involucrados, incluidos los padres, los profesionales médicos y las autoridades judiciales. La búsqueda de soluciones consensuadas que protejan tanto los derechos del menor como las creencias de los padres es, como ya se ha apuntado, un objetivo fundamental. Volviendo a lo manifestado por el autor Carlos María Romeo Casabona, la Circular destaca la necesidad de evaluar cuidadosamente la gravedad del riesgo y considerar alternativas médicas antes de recurrir a intervenciones que puedan entrar en conflicto con las creencias de los padres. Sin embargo, el autor señala que la vida y la salud del menor deben prevalecer como consideraciones primordiales. La vida constituye la base fundamental y esencial para el ejercicio de cualquier derecho fundamental. Es el elemento primordial que el ordenamiento jurídico tiene la obligación de proteger y garantizar, especialmente durante la etapa de minoría de edad. Posteriormente, una vez alcanzada la mayoría de edad, se reconoce y respeta la plena autonomía del individuo¹⁰¹.

¹⁰⁰ Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado. Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

¹⁰¹ ROMEO CASABONA, C. M., ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, num. 2, 1998, p. 327-348.

Es importante tener en cuenta que la circular está diseñada para proporcionar orientación general a los fiscales y no tiene fuerza de ley en sí misma. Los casos específicos deben ser evaluados individualmente, considerando las circunstancias particulares y las normas legales aplicables.

En resumen, la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado aborda, como ya se ha apuntado, de manera detallada y exhaustiva los conflictos legales relacionados con transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas en menores de edad en situaciones de riesgo grave. Establece directrices para los fiscales, enfocándose en la protección de los derechos del menor, el principio de autonomía de los padres y la necesidad de tomar decisiones que salvaguarden la vida y la salud del menor.

5.1.1. *Los Testigos de Jehová.*

Es pertinente comenzar este punto brindando una descripción general acerca de quiénes son los Testigos de Jehová.

La doctrina de los Testigos de Jehová es reconocida legalmente en España como una confesión religiosa con personalidad jurídica. Desde su inscripción en 1970 en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, se les reconoce como una entidad religiosa legalmente establecida.

Uno de los aspectos distintivos de esta confesión es la negativa de sus miembros a recibir transfusiones de sangre. Esta postura se basa en una interpretación literal de varios pasajes bíblicos, donde se entiende que la prohibición de consumir sangre no es simplemente una restricción dietética, sino un requisito moral fundamental que se aplica tanto a la ingestión oral como a la administración intravenosa o cualquier otra forma de uso. Además, esta prohibición se extiende a los derivados sanguíneos y a la sangre que ha sido separada del cuerpo durante un período de tiempo.

Como resultado de esta creencia, muchos centros hospitalarios han implementado formularios específicos de consentimiento informado para pacientes Testigos de Jehová que rechazan la administración de sangre y productos derivados de ella¹⁰².

¹⁰²Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado. Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

Es importante tener en cuenta que la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre plantea complejidades éticas y legales en el ámbito de la atención médica, y ha generado debates y discusiones en distintas jurisdicciones. Los profesionales de la salud y los sistemas médicos deben equilibrar el respeto por las creencias religiosas con la responsabilidad de brindar el mejor cuidado posible a los pacientes.

En el ámbito de la medicina, resulta crucial considerar las alternativas disponibles a la transfusión de sangre y proporcionar una información completa al respecto. Por lo general, se emplean sueros sin componentes celulares sanguíneos como alternativas a dicha transfusión. Estas alternativas tienen un enfoque principalmente preventivo o buscan mejorar el estado general del paciente antes de una intervención quirúrgica. Sin embargo, es importante tener en cuenta que no permiten restablecer el contenido ni la función celular de la sangre. En consecuencia, no constituyen una solución real y efectiva para garantizar la vida y la salud en casos de hemorragia grave, independientemente de su origen accidental u otra causa¹⁰³.

Como resultado, el rechazo a la transfusión de sangre conlleva inevitablemente un conflicto entre el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia por parte del paciente y su propia vida y salud. La indicación médica para llevar a cabo una transfusión se basa en la necesidad de restablecer el contenido y la función celular de la sangre, aspectos esenciales cuando estos se encuentran en déficit o se han perdido.

Por tanto, se enfrenta un delicado equilibrio entre las creencias religiosas del paciente y la preservación de su vida y bienestar en el ámbito de la atención médica.

El propósito de esta circular es ofrecer mayor claridad dentro del marco jurídico, reconociendo que la objeción de los Testigos de Jehová a las transfusiones de sangre no implica un deseo de poner fin a la vida, sino más bien un compromiso de vivir plenamente de acuerdo con sus convicciones personales.

5.1.2. *Sentencia del Tribunal Supremo 154/2002, de 18 de junio.*

Antes de adentrarnos de lleno con la sentencia citada, es apropiado volver a mencionar

¹⁰³ Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado. Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

un poco más específicamente la referencia que hace la Circular 1/2012 sobre la Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová. De acuerdo con las pautas establecidas, cuando se enfrenta una situación de urgencia que pone en riesgo la vida de un menor, los miembros de los Testigos de Jehová no pueden objetar que sus hijos menores reciban transfusiones de sangre. En tales casos, los médicos están facultados para proceder con el tratamiento sin necesidad de intervención judicial, siempre considerando el bienestar supremo del menor.

En lo concerniente al consentimiento informado, se reconoce que los menores de 16 años que no comprenden plenamente la naturaleza de la intervención no están capacitados para otorgar su consentimiento. Por lo general, se asume que los menores de 12 años carecen de la madurez necesaria. No obstante, en situaciones que involucren a menores de 16 años, se evaluará su nivel de madurez. En tales circunstancias, los tutores legales del menor deben otorgar el consentimiento, aunque se debe escuchar la opinión del menor si este tiene más de 12 años¹⁰⁴.

La Circular describe diversos escenarios y las medidas correspondientes en cada caso. Por ejemplo, si un "menor maduro" se opone a una transfusión de sangre y sus tutores legales están de acuerdo, el médico puede proceder sin necesidad de recurrir a un juez. Si tanto el "menor maduro" como sus tutores legales rechazan la transfusión, el conflicto debe ser presentado ante un juez, aunque en situaciones de urgencia, el médico puede actuar sin autorización judicial¹⁰⁵.

Pues bien, la Circular 1/2012 está estrechamente ligada con el artículo 9.2 b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ya que en ambas regulaciones lo que prima es la salud del paciente, la del menor de edad en este caso, llevando a cabo incluso las intervenciones médicas necesarias sin tener en cuenta la opinión del menor o la de sus representantes, siempre y cuando, claro está, la salud del paciente no se encuentre comprometida, es decir, que su vida no corra peligro¹⁰⁶. El artículo 9.2 a) establece otro supuesto en el que se podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas pertinentes en favor de la salud del paciente sin

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado. Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

¹⁰⁶ Artículo 9.2 b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

requerir o depender de su aprobación cuando, de no realizarlas, revistan un problema o creen riesgos para la salud pública, es decir, para la salud de las demás personas¹⁰⁷.

Terminada esta matización es momento de ahondar en la sentencia que nos concierne.

En el año 1994, ocurrió un incidente trágico que involucró a Marcos, un niño de 13 años. Todo comenzó con una caída en bicicleta que parecía ser leve. Sin embargo, la situación se complicó cuando Marcos empezó a tener una hemorragia nasal, lo que llevó a su traslado a un policlínico y posteriormente a un hospital.

Las pruebas médicas revelaron una pérdida hemorrágica aguda que requería una transfusión sanguínea urgente. Pero aquí surgió un conflicto: los padres de Marcos eran Testigos de Jehová y, por motivos religiosos, se negaron a permitir la transfusión. En su lugar, pidieron un tratamiento alternativo. A pesar de los esfuerzos del centro hospitalario, no se encontró una opción de tratamiento viable y se rechazó la solicitud de alta voluntaria de los padres.

El hospital buscó una autorización judicial para realizar la transfusión en caso de que fuera una cuestión de vida o muerte. El juez concedió dicha autorización. Los padres, aunque inicialmente se oponían, aceptaron la decisión judicial. Sin embargo, Marcos reaccionó con miedo y se resistió enérgicamente a recibir la transfusión. Los médicos temieron por su vida debido a la posibilidad de una hemorragia cerebral.

A pesar de los persistentes intentos de convencer a Marcos y a sus padres sobre la necesidad de la transfusión, se decidió no proceder debido a la falta de consentimiento y a la controversia ética de administrarla con anestesia. En cambio, se les concedió el alta voluntaria y se les permitió llevar a Marcos a otro centro médico, aunque no existía un tratamiento alternativo viable.

A lo largo de esta difícil situación, Marcos fue llevado a varios hospitales, incluido uno privado que fue costado por sus padres. Sin embargo, ningún lugar pudo ofrecer una solución efectiva. Finalmente, Marcos fue llevado a su hogar en un estado previo al coma. No obstante, por orden judicial, fue trasladado nuevamente a un hospital en coma profundo, donde se realizó la transfusión autorizada por el juez sin la oposición de los padres. Estos últimos, una vez más, respetaron la decisión judicial.

¹⁰⁷ Artículo 9.2 a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Trágicamente, Marcos falleció al día siguiente en el hospital. Los padres fueron inicialmente absueltos del delito de homicidio por omisión en una sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca en 1996. Sin embargo, esta sentencia fue apelada y anulada por el Tribunal Supremo, que finalmente los condenó a una pena de 2 años y 6 meses de prisión por homicidio en comisión por omisión, considerando la atenuante muy cualificada de obcecación o estado pasional.

Ante esta situación, los padres presentaron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La posición al respecto de este Tribunal, por el contrario, determinó que los ahora recurrentes gozaban del amparo legal en virtud del derecho fundamental a la libertad religiosa, consagrado en el primer número del artículo 16 de la Carta Magna¹⁰⁸. La Sala del tribunal consideró que la obligación impuesta a los padres de disuadir al menor, una vez que había dado su pleno consentimiento para la intervención público en la protección del menor, implicaba una acción contraria a sus convicciones religiosas más arraigadas. Además, dicha exigencia excedía el deber razonablemente exigible en virtud de su posición legal especial en relación con su hijo menor¹⁰⁹.

El Tribunal Constitucional aboga por la inclusión de un criterio de escala que considere el grado de irreversible de las decisiones del menor, con el fin de otorgarles una mayor autonomía de voluntad.

El principio de Escala móvil se deriva de la premisa de que establecer la capacidad implica definir un umbral o nivel de corte en una secuencia continua que abarca desde la falta absoluta de habilidad o capacidad hasta la plenitud de ésta. No obstante, de acuerdo con este concepto, ese umbral no es de carácter fijo o estático, sino más bien flexible, cambiante y móvil, y este nivel de corte se ajusta en relación a la dificultad de las elecciones a realizar.

Si empleamos el enfoque de Escala móvil que hemos mencionado anteriormente en el caso que nos ocupa, se puede argumentar que la gravedad y la irreversibilidad de la decisión que se debe tomar deben influir en la consideración que el médico otorga a las expresiones

¹⁰⁸ Artículo 16.1 de la Constitución Española de 1978: “*Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*”.

¹⁰⁹ Pleno. Sentencia 154/2002, de 18 de julio de 2002. Recurso de amparo avogado 3.468/97. Promovido por don Pedro Alegre Tomás y doña Lina Vallés Rausa frente a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que les condenó por un delito de homicidio. Vulneración del derecho a la libertad religiosa: condena penal a unos Testigos de Jehová, padres de un menor que murió tras negarse a recibir transfusiones de sangre autorizadas por el Juzgado de guardia, por no haberle convencido para deponer su actitud ni haber autorizado dicha intervención médica. (<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2002-15992.pdf>).

y opiniones del menor¹¹⁰. Es decir, en otras palabras, es el profesional facultativo quien debe tener en cuenta el nivel de seriedad y las consecuencias irreversibles al evaluar las preferencias manifestadas por el paciente menor de edad.

Es importante señalar que esta Sentencia guarda una estrecha relación con la Circular 1/2012, ya que ambas utilizan el mismo criterio mencionado.

En última instancia, resulta pertinente implementar una escala móvil de capacidad que tome en cuenta diversos factores para determinar el nivel de autonomía del menor en el ámbito de la atención médica. Estos factores incluyen la gravedad de la situación, la irreversibilidad de las decisiones y las posibles implicaciones a medio y largo plazo. Esta escala permitirá ajustar el nivel de participación del menor de acuerdo con la complejidad de la situación, garantizando así una toma de decisiones adecuada y cuidadosa en el ámbito sanitario¹¹¹.

5.2. La salud sexual y reproductiva en los menores de edad.

El tema de la salud sexual y reproductiva en los menores de edad ha sido objeto de controversias y múltiples cambios a lo largo del tiempo.

La salud sexual y reproductiva se encuentra regulada en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, cuya entrada en vigor se produjo el 5 de julio de 2010. Esta ley ha dado mucho que hablar últimamente debido a la actualización que se ha llevado a cabo mediante la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, más conocida común y coloquialmente como “Ley del aborto”. La entrada en vigor de esta legislación se produjo un día después de su publicación en el BOE (Boletín Oficial del Estado), es decir, desde el día 2 de marzo del presente año.

De entre todas las novedades que ha introducido esta LO, quizás la más reseñable sea relativa a los menores de edad, y es que se trata del cambio en la edad mínima para poder realizar la IVE (Interrupción Voluntaria del Embarazo).

Por poner un contexto histórico, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, que salió cuando, por aquel entonces, el señor Rodríguez Zapatero era Presidente del Gobierno,

^{110 y 111} DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2015) Dilemas ético-legales que presenta la regulación de la capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico. Vol. XIX N°5 JUNIO 2015 VI. (https://www.pediatriaintegral.es/wp-content/uploads/2015/xix05/01/n5-302-307_20aniversario-PI.pdf).

establecía en su artículo 13 Tercero y Cuarto¹¹², relativo a los requisitos comunes para la interrupción voluntaria del embarazo, que, para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo, se requerirá el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada. En caso de que la mujer sea menor de edad o no tenga capacidad legal, se deberá obtener el consentimiento de su representante legal, de acuerdo con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En las situaciones contempladas en el artículo 9.2 b) de la mencionada ley, se podrá prescindir del consentimiento expreso. Esto hace referencia a aquellas situaciones en las que se llevarán a cabo las intervenciones quirúrgicas necesarias, sin contar con el consentimiento del paciente afectado, cuando exista grave riesgo para la integridad del convaleciente, o cuando exista algún tipo de riesgo para la salud pública¹¹³.

A continuación mencionaba que, en el caso de aquellas mujeres las cuales estuvieran en el rango de edad de entre los dieciséis y diecisiete años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo recae exclusivamente en ellas, de conformidad con las normas generales a las mujeres adultas. Ahora bien, estipula este precepto que al menos uno de los representantes legales, ya sea el padre, la madre, la persona con la patria potestad o el tutor, deberá ser informado acerca de la decisión de la mujer.

Por contra, no será necesario brindar esta información cuando la menor argumente de manera justificada que revelarla generaría un grave conflicto, como un peligro evidente de violencia intrafamiliar, amenazas, coerción, maltrato, o cuando se encuentre en una situación de desarraigo o desamparo.

La siguiente modificación llega ya con el Partido Popular, en el año 2015, a manos de Mariano Rajoy, y es que este partido político, de todos sabido que es más tradicionalista y conservador que el Partido Socialista Obrero Español, suprimió parte de ese artículo 13, concretamente el cuarto requisito necesario para la interrupción voluntaria del embarazo, la parte en la que se autorizaba a aquellas mujeres menores de edad (con edades comprendidas entre los dieciséis y diecisiete años) pudieran interrumpir su embarazo con la condición de que al menos uno de sus representantes legales tuviera conocimiento de su pretensión.

¹¹² Artículo 13 de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo (texto original).

¹¹³ Artículo 9.2 b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Incluso se suprimió la sección que permitía a estas mujeres no proporcionar la información a ninguno de sus representantes en el caso de que alegara válida y debidamente que le provocara una situación de violencia doméstica o maltrato familiar¹¹⁴. Entrando en lo personal, desde mi forma de ver, creo este apartado era tan importante como necesario para estas mujeres afectadas, pues la integridad física y psíquica de éstas prima sobre, prácticamente, cualquier otra consideración.

Ya por fin, dejando a un lado el trasfondo histórico de esta ley, entramos en materia de lo que establece la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

La estructura de la Ley incluye un artículo que introduce modificaciones en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo; una disposición adicional; y una sección final conformada por diecisiete disposiciones finales, las cuales implican cambios en diferentes normativas.

Así pues, estando de nuevo el PSOE en Moncloa, bajo la gestión de Pedro Sánchez, se produjo la última modificación (hasta la fecha, ya que, con las elecciones generales del 23 de julio “a la vuelta de la esquina”, en el supuesto caso de que salga elegido un gobierno de coalición entre PP y Vox, muy probablemente esta ley volverá a ser modificada, saliendo como damnificadas las mujeres menores de edad, pero mayores de dieciséis años) de esta Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

La modificación que se lleva a cabo del artículo 13 es prácticamente nula, siendo el cambio más significativo la redacción de este. Por otro lado, de seguido al artículo que nos estamos refiriendo, se incorpora uno nuevo, el artículo 13 bis, relativo a la edad. Este dispone que, a partir de los dieciséis años, las mujeres tienen la facultad de tomar decisiones sobre la interrupción de su embarazo sin necesidad de depender de la aprobación del consentimiento de sus representantes legales. Por lo tanto, el consentimiento expreso de los representantes legales de las menores de edad, se requerirá de manera imperativa únicamente para los casos de embarazo en mujeres menores de dieciséis años¹¹⁵. Como consecuencia de este cambio, también la Ley 1/2023, de 28 de febrero, somete a actualización el apartado quinto del noveno artículo de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. En la anterior redacción de este

¹¹⁴ Artículo 13 de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo (cuarto requisito de la modificación publicada el 22/09/2015, en vigor a partir del 23/09/2015).

¹¹⁵ Artículo 13 bis de la Ley 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

precepto, hablamos de la modificación del 05/06/2021, previa a la del 01/03/2023, se emitía que las directrices que rigen los ensayos clínicos y las técnicas de reproducción humana asistida se basan en las regulaciones generales de la mayoría de edad, así como en las disposiciones específicas correspondientes.

En el caso de la interrupción voluntaria del embarazo en menores de edad o personas con capacidad legalmente modificada, además de su propia voluntad, se requerirá el consentimiento explícito de sus representantes legales. Cualquier conflicto que surja en relación con la obtención del consentimiento por parte de los representantes legales se resolverá de acuerdo con las disposiciones establecidas en el Código Civil¹¹⁶.

En la redacción actualizada se suprime, lógicamente, la parte que hace referencia al consentimiento expreso de los representantes legales para la interrupción del embarazo en las mujeres mayores de dieciséis, pero menores de dieciocho años¹¹⁷.

Otro cambio importante, significativo, muy polémico y controvertido que ha introducido la reciente “Ley del aborto”, se encuentra reflejado en su punto 14, el cual emite que será posible proceder a la interrupción del embarazo a petición de la mujer embarazada en el periodo inicial de catorce semanas de gestación¹¹⁸. Al referirse a la mujer en general y no excluir a las menores de edad, también las mayores de dieciséis años podrán optar a este derecho.

Estas son algunas de las palabras que la ministra de Igualdad, Irene Montero, manifestó sobre la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, con el siguiente tenor literal¹¹⁹:

- “Para garantizar el derecho a la salud sexual de las mujeres”, en referencia a la importancia de esta Ley.
- “Este Gobierno pone al Estado cerca de las mujeres y las familias”.

¹¹⁶ Artículo 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica (modificación publicada el 05/06/2021).

¹¹⁷ Artículo 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica (modificación publicada el 01/03/2023).

¹¹⁸ Artículo 14 de la Ley 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

¹¹⁹ <https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/notasprensa/Paginas/irene-montero--esta-ley-amplia-derechos-ive.aspx> y <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2022/170522-rp-cministros.aspx>

- **“Amplía derechos y acaba con los obstáculos para ejercer la interrupción voluntaria del embarazo”.**
- **“El Estado les garantiza que la decisión sobre sus cuerpos, sus proyectos de vida y su maternidad será suya”.**
- **“Pelea por los avances de las mujeres en este país”, haciendo apología al movimiento feminista.**

Por ofrecer algunos datos estadísticos, a tenor de no estar recogidos los referentes a los años 2022 ni 2023, en la siguiente tabla proporcionada por el Ministerio de Sanidad español, podemos observar, de izquierda a derecha, el número de centros que han notificado intervención voluntaria del embarazo, el número total de abortos realizados notificados, y la tasa de IVE por 1.000 mujeres entre 15 y 44 años¹²⁰:

Año	Centros notificadores de I.V.E.	Total I.V.E.	Tasa por 1.000 mujeres
2021	210	90.189	10,70
2020	207	88.269	10,33
2019	211	99.149	11,53
2018	211	95.917	11,12
2017	212	94.123	10,51
2016	201	93.131	10,36
2015	200	94.188	10,40
2014	191	94.796	10,46
2013	198	108.690	11,74
2012	189	113.419	12,12

¹²⁰ <https://www.sanidad.gob.es/areas/promocionPrevencion/embarazo/datosEstadisticos.htm>

En lo relativo a la práctica o métodos anticonceptivos en los adolescentes, lo único que refleja la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, es:

“El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), resalta la importancia de garantizar que todos los servicios relacionados con la salud sexual y reproductiva estén fácilmente accesibles y disponibles para mujeres y adolescentes en toda España, tomando en cuenta las diferencias existentes entre las distintas regiones del país. Para lograr este objetivo, se propone implementar un mecanismo eficaz que asegure que las objeciones de conciencia no se conviertan en obstáculos para que las mujeres accedan a servicios de salud sexual y reproductiva, especialmente en lo que respecta a la interrupción voluntaria del embarazo. Además, se hace hincapié en la necesidad de eliminar las desigualdades en la distribución de anticonceptivos de emergencia, tomando las medidas necesarias para garantizar su disponibilidad, accesibilidad y asequibilidad para todas las mujeres y adolescentes en todo el país. Por último, se destaca la importancia de integrar de manera integral la educación sobre salud sexual y reproductiva en los programas educativos de educación primaria y secundaria”¹²¹.

En otro orden de cosas, y siguiendo en la tónica concerniente a la salud sexual y reproductiva, hemos de hablar sobre la edad de consentimiento sexual¹²² en España.

En un primer momento, el Código Penal español del año 1848¹²³ estableció que la edad mínima de consentimiento era de doce años, y se mantuvo sin modificaciones hasta que la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, reformó el artículo 181 del Código Penal para aumentarla a los trece años¹²⁴. Esta actualización de edad se realizó durante el mandato de Felipe González, tercer Presidente del Gobierno desde la instauración de la democracia.

La segunda y última ocasión en la que se incrementó la edad de consentimiento, tuvo

¹²¹ Preámbulo II, quinto párrafo de la Ley 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

¹²² El artículo 2 b) de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo estipula que, la edad de consentimiento sexual se refiere a la edad establecida por la legislación nacional en la cual está prohibido realizar actos de naturaleza sexual con una persona menor de esa edad.

¹²³ Códigos Penales Españoles Recopilación y concordancias Volumen I Autores: Jacobo Barja de Quiroga Luis Rodríguez Ramos Lourdes Ruiz de Gordejuela López. CÓDIGO PENAL DE 1848. Página 282. “*Artículo 354. La violación de una muger será castigada con la pena de cadena temporal. Se comete violación yaciendo con la muger en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Cuando se usa de fuerza ó intimidación. 2.º Cuando la muger se halle privada de razón ó de sentido por cualquiera causa. 3.º Cuando sea menor de 12 años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.*” (https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2022-270_1).

¹²⁴ Artículo 181.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicada el 01/05/1999.

lugar en 2015, durante la administración de Mariano Rajoy, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo¹²⁵, que la elevó hasta los actuales dieciséis años. A día de hoy, el artículo en el que se regula la edad mínima de consentimiento sexual es el 181.1 del Código Penal¹²⁶.

A modo de dato, España tenía, hasta el año 2015, la edad de consentimiento sexual más baja en comparación con otros países miembro de la Unión Europea, situándose esta, como ya hemos apuntado de forma previa, en los 13 años¹²⁷.

5.3. La eutanasia en los menores de edad.

En los últimos tiempos, la eutanasia se ha convertido en un tema de gran controversia, debate y ha ocupado un lugar destacado en el panorama jurídico y ético en España. La eutanasia, en palabras de la propia ley que la regula, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, es un término que deriva de la expresión "buena muerte" y se refiere al acto voluntario y deliberado de poner fin a la vida de una persona con el propósito de aliviar su sufrimiento. En el ámbito de la ética médica y el sistema legal, existe un amplio acuerdo en restringir el uso del término "eutanasia" a aquellas acciones que involucran una intervención activa y directa. Por lo tanto, se excluyen las situaciones en las que se omiten tratamientos destinados a prolongar la vida (eutanasia pasiva) y el uso de cuidados paliativos que, aunque pueden acelerar la muerte del paciente, se administran con el fin de aliviar su sufrimiento físico o psicológico. Estas circunstancias no se consideran eutanasia dentro del marco ético y jurídico¹²⁸. En palabras de andar por casa, la eutanasia se refiere al acto intencionado de poner fin a la vida de una persona que padece una enfermedad incurable o se encuentra en una situación de sufrimiento insostenible.

En los últimos años, ha surgido una creciente demanda social para que se aborde legalmente la cuestión de la eutanasia, con el objetivo de garantizar una muerte digna y libre de dolor para aquellos pacientes en circunstancias excepcionales. En respuesta a esta

¹²⁵ Artículo 183.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en vigor a partir del 01/07/2015.

¹²⁶ Artículo 181.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Última actualización publicada el 28/04/2023.

¹²⁷ DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. Página 2.

¹²⁸ Preámbulo I, segundo párrafo de la Ley 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

demanda, España promulgó la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, que regula la práctica de la eutanasia en el país. Esta ley representa un hito significativo en el marco legal español y plantea importantes cuestiones éticas, legales y médicas. En el caso de España, se ha generado un intenso debate sobre la despenalización de la eutanasia y la necesidad de proporcionar una opción legal y digna para aquellos que deseen poner fin a su vida en circunstancias extremas.

Pues bien, esta Ley 3/2021 reguladora de la eutanasia, popularmente conocida como la “Ley de la eutanasia”, recoge en el primer apartado de su quinto precepto los requisitos que han de ser cumplidos para poder recibir la prestación de ayuda para morir¹²⁹. Entre estos requisitos, nos encontramos con que es necesario contar con la información por escrito acerca del proceso médico, así como las distintas opciones y alternativas de tratamiento, incluyendo la posibilidad de acceder a cuidados paliativos completos; el requerimiento de presentar dos solicitudes voluntarias por escrito, sin estar bajo presiones externas; padecer una enfermedad grave e incurable, o bien una dolencia crónica severa que cause una incapacidad significativa, la cual debe ser certificada por el médico responsable; entre otras. Pero el requisito que nos ocupa realmente, pues tratamos la esfera de los menores de edad, se encuentra en el artículo 5.1 a)¹³⁰, siendo la primera de todas las condiciones y exigencias para poder llevar a cabo la eutanasia, y es que es necesario tener nacionalidad española, residencia dentro de las fronteras de nuestro país o, en su defecto, estar empadronado por más de un año, ser legalmente adulto (esto quiere decir ser mayor de edad, más de dieciocho años) y tener plena capacidad mental y conciencia al momento de realizar la solicitud.

Según como afirma Mariano Benac Urroz¹³¹, especialista en Derecho Sanitario entre otras cosas, se puede deducir que, aquellos menores considerados como maduros, no pueden siquiera solicitar la prestación de ayuda a morir. Como ya se ha apuntado, únicamente se podrá solicitar cuando se alcance la mayoría de edad legal, establecida en dieciocho años, de acuerdo con el artículo doce de la Constitución Española¹³². Ahora bien, entrando en el ámbito de las Comunidades Autónomas, concretamente en la Comunidad Foral de Navarra, el artículo 12 de la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad

¹²⁹ Artículo 5 de la Ley 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

¹³⁰ Artículo 5.1 a) de la Ley 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

¹³¹ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022. Pág. 270.

¹³² Artículo 12 de la Constitución Española.

de la persona en el proceso de la muerte, emite que, las personas menores de edad que se encuentren emancipadas o que cuenten con dieciséis años cumplidos podrán dar su consentimiento de forma independiente. No obstante, cuando proceda, se informará a sus padres o representantes legales y se tomará en cuenta su opinión para la toma definitiva de decisiones. Sin embargo, el precepto continúa la redacción diciendo que, en situaciones de discrepancia, se dará prioridad a la perspectiva y elección del menor, en conformidad con lo establecido en el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre¹³³.

Aparentemente, según esta norma, los navarros mayores de dieciséis años o en situación de emancipación, pueden optar al acceso de la prestación de la eutanasia. No obstante, siguiendo con la opinión del Asesor Jurídico del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Navarra¹³⁴, al tratarse la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, superior, jerárquicamente hablando, a la Ley Foral referida anteriormente, se ha de interpretar ese artículo como derogado, por lo que la única posibilidad que tendrán las personas para optar a la solicitud de la “buena muerte” sigue siendo, como ya se ha manifestado, la adquisición de la mayoría de edad, según lo establecido en el artículo 5.1 a) de la Ley 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

Por hacer referencia a países donde la eutanasia infantil sí se encuentra permitida, podemos mencionar a los Países Bajos que legalizó la eutanasia el 1 de abril de 2002, siendo así reconocido como el primer país del mundo en despenalizar la eutanasia. En este país, la edad mínima para solicitar esta práctica se encuentra en los doce años, siempre y cuando estas personas puedan dar su consentimiento. De forma reciente, el 14 de abril de 2023, el Gobierno neerlandés reguló la terminación activa de la vida de aquellos menores cuya edad se encuentre entre el año y los doce de vida¹³⁵. Para llevar a cabo esa práctica en los menores mencionados, es necesario que padezcan una grave enfermedad, donde el fallecimiento sea inexorable y, además, cercano en el tiempo¹³⁶.

Sin embargo, fue en otro país europeo, Bélgica, el pionero en lo referente a la eutanasia en menores de edad sin límite de edad (convirtiéndose así en un hito, por permitir que los menores, sin restricciones de edad, pero con capacidad para discernir, pudieran solicitar la

¹³³ Artículo 12 de la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte.

¹³⁴ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022. Pág. 271.

¹³⁵ <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2023/04/14/64398b73e4d4d8ac288b458e.html>

¹³⁶ Declaración hecha por Ernst Johan Kuipers, Ministro de Sanidad, Bienestar y Deportes de Países Bajos.

eutanasia), aprobándose la norma por el Parlamento federal en febrero de 2014¹³⁷.

6. EL TEMA DE LA DISFORIA DE GÉNERO EN LOS MENORES DE EDAD.

La disforia de género es un concepto que se refiere a la angustia o malestar significativo experimentado por algunas personas debido a una profunda discrepancia entre su identidad de género y el sexo asignado al nacer. En otras palabras, las personas que experimentan disforia de género no se sienten cómodas con el género que se les ha asignado basado en sus características biológicas.

La identidad de género se refiere a la percepción interna y personal de una persona sobre su propio género, que puede ser masculino, femenino, ambos o ninguno. En contraste, el sexo asignado al nacer se basa en características físicas como los genitales externos.

Las personas que experimentan disforia de género pueden sentir una fuerte sensación de incongruencia entre su identidad de género y su apariencia física, lo que puede generar malestar emocional y dificultades en diversas áreas de sus vidas. Pueden experimentar depresión, ansiedad, aislamiento social y estrés debido a la discordancia entre su identidad de género y las expectativas sociales o culturales asociadas a su sexo asignado.

Es importante destacar que la disforia de género no es una enfermedad mental en sí misma. Sin embargo, puede generar una profunda incomodidad y afectar significativamente la calidad de vida de quienes la experimentan. El tratamiento para la disforia de género puede variar y puede incluir terapia de apoyo, terapia hormonal o cirugía de confirmación de género, dependiendo de las necesidades individuales de cada persona.

La disforia de género se caracteriza por el malestar emocional o sufrimiento que surge cuando existe una profunda discrepancia entre la identidad de género de una persona y el sexo que se le ha asignado al nacer. Este malestar se relaciona directamente con la angustia experimentada debido a la incongruencia entre el género sentido internamente y el género

¹³⁷ <https://www.elmundo.es/internacional/2014/02/13/52fd034d22601d70448b4580.html>

asignado por la sociedad¹³⁸.

De acuerdo con lo manifestado por Patricia Tapia Ballesteros¹³⁹, la identidad de género se refiere al sentido interno y personal que una persona tiene sobre su propio género, el cual puede o no coincidir con el sexo biológico asignado al nacer. Por otro lado, la identidad sexual hace referencia al reconocimiento de una persona con respecto a su sexo biológico específico. En resumen, la identidad de género implica el sentimiento y la conexión que alguien experimenta hacia un género en particular, mientras que la identidad sexual se relaciona con la aceptación de su sexo biológico.

Las personas que padecen y experimentan disforia de género se destacan por tener una profunda identificación y conexión hacia un género diferente al sexo que se les asignó al nacer. A tenor de haber nacido con características físicas que corresponden a un sexo específico, buscan lograr una identidad más genuina y congruente a través de tratamientos médicos y cirugías.

Estos procedimientos tienen como finalidad modificar la apariencia física de la persona afectada, eliminando las características primarias y secundarias asociadas a su sexo asignado y creando órganos que se asemejen al género deseado. Es importante tener en cuenta que estos tratamientos se llevan a cabo para ayudar a las personas a vivir de acuerdo con su identidad de género y reducir el malestar emocional que experimentan. Además, las personas con disforia de género a menudo experimentan un rechazo total hacia su apariencia física, lo que genera una angustia emocional intensa y puede afectar varios aspectos de sus vidas cotidianas¹⁴⁰.

En pocas palabras, la disforia de género se caracteriza por la discrepancia entre la identidad de género de una persona y el sexo que se les asignó al nacer. Aquellos que la padecen buscan tratamientos médicos y quirúrgicos para modificar su apariencia física y vivir de acuerdo con su identidad de género, con el objetivo de reducir el malestar emocional y lograr una mayor coherencia en su identidad.

¹³⁸ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022. Pág. 736.

¹³⁹ TAPIA BALLESTEROS, P., *Orientación sexual, identidad de género y Derecho penal*, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013, págs. 7 y 8.

¹⁴⁰ VIDAL GALLARDO, M.ª M., *El derecho a la identidad sexual como manifestación del derecho a la identidad personal*, en *Laicidad y libertades, escritos jurídicos*, núm. 3, 2003, pág. 386 y ELVIRA PERALES, A., *Transexualidad y derechos* en *Revista general de derecho constitucional*, núm. 17, 2013, pág. 3.

Desde el prisma del ámbito legal, la visión jurídica de la doctrina científica se centra en el reconocimiento de un derecho autónomo: el derecho a la identidad sexual. Este derecho se fundamenta en la premisa de que la orientación sexual y la sexualidad son elementos constitutivos de la identidad de cada individuo. En consecuencia, se plantea que el derecho a la identidad sexual sea entendido como una manifestación del extenso derecho de la identidad personal¹⁴¹. De esta forma, es esencial que se incorpore a la lista de los derechos fundamentales de la personalidad, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Constitución Española¹⁴².

Es válido destacar que diversos autores trascienden esta perspectiva y establecen conexiones entre el derecho a la identidad sexual y otros derechos, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, que se encuentra en el artículo 15 de la Constitución Española¹⁴³, el derecho a la intimidad personal y el derecho a la propia imagen, recogidos en la norma número 18 de la Carta Magna¹⁴⁴.

Entrando en el tema de legislación, nos encontramos con la reciente norma, conocida coloquialmente como “Ley trans”, Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas¹⁴⁵, publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 1 de marzo de 2023 y en vigor desde el 2 de marzo de ese mismo año.

Esta ley tiene como objetivo principal establecer un marco legal sólido que garantice la igualdad real y efectiva para las personas trans, así como salvaguardar los derechos de las personas LGTBI y otras identidades dentro de la diversidad sexual y de género (estas son las siglas correspondientes a Lesbianas, Gais, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales).

La “Ley Trans”, motivada entre otros por la actual ministra de Igualdad del Gobierno de España, Irene Montero, representa un avance importante en el reconocimiento de la identidad de género y busca garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de

¹⁴¹ LIZARRAGA BONELLI, E. *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022. Pág. 737.

¹⁴² Artículo 10.1 de la Constitución Española.

¹⁴³ Artículo 15 de la Constitución Española.

¹⁴⁴ Artículo 18 de la Constitución Española.

¹⁴⁵ Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

las personas trans en todas las esferas de la vida, incluyendo el ámbito jurídico, social, educativo y sanitario. Además, esta legislación también establece medidas específicas para prevenir y erradicar la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la sociedad, así como promover la igualdad y el respeto hacia la diversidad sexual.

A lo largo de esta ley se establecen disposiciones y mecanismos para facilitar el cambio registral de género y el reconocimiento legal de la identidad de género autopercibida, garantizando el acceso a los derechos y servicios de manera no discriminatoria. Asimismo, se promueve la formación y sensibilización en materia de diversidad sexual y de género, tanto en el ámbito educativo como en la administración pública, con el fin de construir una sociedad más inclusiva y respetuosa con la diversidad¹⁴⁶.

Como este trabajo está enfocado en los menores de edad, hemos de centrarnos en ello y acudir a la única referencia que esta ley hace en materia de salud para ellos. Hablamos del decimonoveno número, segundo apartado¹⁴⁷, correspondiente a garantizar el cuidado integral de la salud para las personas intersexuales.

En virtud de esta disposición, se prohíben todas las prácticas de modificación genital en persona menores de doce años, a menor que existan razones médicas que justifiquen lo contrario, con el fin de proteger su salud. En el caso de las personas que se encuentran entre la franja de los doce y dieciséis años, solo se permitirá llevar a cabo dichas prácticas o intervenciones si la persona menor de edad así lo solicita y tiene la capacidad de dar su consentimiento informado, demostrando madurez suficiente para comprender los alcances de tales procedimientos.

Lo que esta medida busca, es salvaguardar el bienestar y los derechos de los menores, asegurando que cualquier práctica de modificación genital se realice de manera responsable y respetando la autonomía de la persona involucrada. Se reconoce que las decisiones relacionadas con el cuerpo y la identidad de género son asuntos personales y delicados, y deben ser tratados con cuidado y consideración especial en el caso de personas menores de edad.

Al prohibir las prácticas de modificación genital en menores de doce años, se establece

¹⁴⁶ Preámbulo I de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

¹⁴⁷ Artículo 19.2 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

una barrera de protección para evitar intervenciones innecesarias o perjudiciales en un momento en que la persona se encuentra todavía en un proceso de desarrollo físico crucial. Por otro lado, permitir estas prácticas a partir de los doce años, pero solo si la persona menor solicita y comprende plenamente los riesgos y beneficios asociados, permite que tengan una participación activa en las decisiones relacionadas con su propio cuerpo.

El artículo no hace referencia a las personas menores de edad, pero mayores de dieciséis años, pero entiendo se aplica lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁴⁸, pues generalmente se considera que tienen la capacidad legal de tomar decisiones por sí mismos, es decir, son menores maduros.

Hay que tener cuidado con la interpretación de este precepto, pues puede llevar a confusión. No hay que entenderlo como que cualquier menor de edad que se encuentre entre los doce y dieciséis años, o cualquier menor mayor de dieciséis años, es decir, cualquier menor maduro, tiene la facultad de someterse a una operación de cambio genital, pues el artículo se refiere a aquellas personas que se encuentran dentro de la categoría de intersexuales.

En aras de dejar claro lo que son las personas intersexuales, la propia ley, en su artículo número 3 g) ¹⁴⁹, nos ofrece la definición de intersexualidad, que dice que, la intersexualidad se refiere a una condición en la cual las personas presentan características biológicas, anatómicas o fisiológicas que no se adhieren a las normas socialmente establecidas sobre los cuerpos masculinos y femeninos. En otras palabras, su anatomía sexual, órganos reproductivos o patrón cromosómico pueden manifestar variaciones que no se ajustan a las expectativas convencionales de género.

Por otro lado, este mismo artículo, en su punto k) ¹⁵⁰ dispone la definición de persona trans que, de forma literal, estipula lo siguiente: *“Persona cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer.”*

Por lo tanto, la aseveración de que la Ley 4/2023, de 28 de febrero, autoriza la realización de modificaciones genitales en niños de doce a dieciséis años que han alcanzado un nivel de

¹⁴⁸ Artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de febrero, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹⁴⁹ Artículo 3 g) de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

¹⁵⁰ Artículo 3 k) de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

madurez adecuado, es ilusorio. Como ya se ha dicho, la modificación genital está específicamente destinada a abordar las necesidades de las personas intersexuales y no guarda relación con las realidades de las personas transexuales.

Entrando en materia de jurisprudencia, el preámbulo de la “Ley trans” señala una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, cuyo número es 99/2019, de 18 de julio.

La Sentencia 99/2019 del Pleno del Tribunal Constitucional, emitida el 18 de julio de 2019¹⁵¹, tiene un alcance significativo en relación con los derechos fundamentales, especialmente en lo que respecta a la identidad de género y el libre desarrollo de la personalidad. Esta sentencia se basa en la Cuestión de Inconstitucionalidad 1595-2016 planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y se centra en el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo¹⁵², reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

En su análisis, el Tribunal Constitucional examina los derechos fundamentales a la integridad física y moral, a la intimidad, a la protección de la salud, en relación con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. La cuestión central es la constitucionalidad del precepto legal que prohíbe cambiar la mención registral del sexo y nombre a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad.

El Tribunal considera que esta restricción legal vulnera los derechos fundamentales de los menores de edad involucrados, ya que impide que ejerzan plenamente su derecho a la identidad de género. Se argumenta que esta prohibición obstaculiza su desarrollo personal y atenta contra su dignidad. La sentencia destaca que la negativa a permitir el cambio registral puede causar sufrimiento y una sensación de desprotección en estos menores.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del precepto

¹⁵¹ Pleno. Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016. Planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la protección de la salud, en relación con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad: inconstitucionalidad del precepto legal en la medida en que prohíbe cambiar la mención registral del sexo y nombre a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad. Voto particular.

¹⁵² Artículo 1.1, referente a la legitimación, de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

legal que prohíbe el cambio registral del sexo y nombre en los casos mencionados. Esta decisión reconoce la importancia del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas, especialmente en lo relacionado con su identidad de género.

Es relevante señalar que la sentencia incluye un voto particular, lo cual indica que algunos magistrados tienen una opinión disidente respecto a la decisión mayoritaria. Esto refleja la complejidad y los debates existentes en torno a estas cuestiones, incluso entre los propios jueces del Tribunal. En esta ocasión, el voto particular es presentado por la magistrada Encarnación Roca Trias, al que se adhiere el magistrado Alfredo Montoya Melgar.

En su detallado voto particular, la magistrada expone una postura disidente respecto a la fundamentación y el fallo mayoritario del Pleno. Enfatiza que la función del Tribunal Constitucional no es indicar al legislador cuál es la opción legislativa óptima, sino salvaguardar de manera objetiva la Constitución y su supremacía, evaluando la adecuación del precepto en cuestión mediante un análisis de conservación normativa, únicamente descartando aquellos preceptos que choquen directamente con la Ley Fundamental.

La magistrada argumenta que la norma impugnada, contenida en la Ley 3/2007, que regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, persigue exclusivamente establecer los requisitos para cambiar la inscripción registral cuando esta no corresponda con la verdadera identidad de género. Asimismo, resalta que el registro civil tiene como objetivo constatar y publicar los hechos y actos relacionados con el estado civil, garantizando así la seguridad en las relaciones jurídicas. En este contexto, la exigencia de mayoría de edad para realizar cambios registrales y asegurar la estabilidad y persistencia de la identidad de género se justifica plenamente.

Además, la magistrada sostiene que la norma cuestionada no vulnera los derechos a la intimidad, integridad física y moral, ni la protección de la dignidad de la persona. Argumenta que la rectificación registral del sexo y el nombre se basa en criterios objetivos, como la mayoría de edad, y está vinculada a la seguridad jurídica. Destaca que la norma no restringe los derechos fundamentales del menor transexual, los cuales pueden ejercerse en su vida privada y en sus relaciones con la administración de acuerdo con otras disposiciones legales.

Por hacer un pequeño compendio, la Sentencia 99/2019 del Tribunal Constitucional tiene un impacto significativo en la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad con suficiente madurez y en una situación estable de transexualidad. La sentencia

reconoce el derecho a la identidad de género y el libre desarrollo de la personalidad como aspectos fundamentales en el marco de los derechos humanos y constitucionales. En lo referente al voto particular, este plantea que la norma impugnada es constitucional y defiende la libertad de configuración legislativa en la materia. Critica la falta de un análisis detallado de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados en la sentencia. Asimismo, cuestiona la aplicación del principio de proporcionalidad y considera confuso y poco preciso el fallo que declara la inconstitucionalidad sin anular el precepto, dejando sin especificar cómo determinar la madurez suficiente del menor y la estabilidad de su transexualidad para otorgarle la facultad de rectificación registral.

Otra sentencia que figura en el preámbulo de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, la “Ley trans”, se pronuncia en el mismo sentido que STC 99/2019, de 18 de julio, y es digna de, al menos, mentar, es la sentencia del Tribunal Supremo número 685/2019, emitida por el Pleno de la Sala de lo Civil¹⁵³, que resolvió un recurso de casación presentado por los progenitores de una persona menor de edad que solicitaba la rectificación de su sexo registral de femenino a masculino. El tribunal planteó por primera vez una cuestión de inconstitucionalidad respecto a la normativa que regula dicha rectificación, cuestionando si la exigencia de la mayoría de edad era acorde con los preceptos constitucionales.

7. CONCLUSIONES.

PRIMERA: el concepto del "menor maduro" es un tema complejo que requiere una reflexión profunda y una consideración cuidadosa de los derechos y el bienestar de los menores. Si bien existen argumentos válidos tanto a favor como en contra, es necesario seguir debatiendo y explorando posibles soluciones que permitan reconocer y proteger los derechos de los menores que demuestran un grado excepcional de madurez, al tiempo que se garantiza su seguridad y bienestar en situaciones donde puedan ser vulnerables.

¹⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo número 685/2019, de 17 de diciembre de 2019.

SEGUNDA: el artículo 9 de la Ley 41/2002 establece los principios y requisitos esenciales para el consentimiento informado en pacientes menores de edad, así como nos hace comprender la importancia que el consentimiento informado tiene. Reconoce la capacidad del menor para participar en la toma de decisiones sobre su atención médica en la medida en que su grado de madurez y comprensión lo permita. En caso de que el menor carezca de capacidad, se requerirá el consentimiento de sus representantes legales, quienes actuarán en su interés superior. No obstante, se prevén situaciones excepcionales en las que el menor, a pesar de su falta de madurez, pueda participar en la toma de decisiones sobre su salud. En todo momento, se debe garantizar una adecuada información y comunicación con el menor y sus representantes legales, promoviendo su participación activa y protegiendo su bienestar.

TERCERA: en lo relativo a la medicina voluntaria o satisfactiva en los menores de edad, creo personalmente que no es algo que se deba permitir pues, como hemos tratado en su punto, es una práctica en la que sometes a un menor de edad a una operación que puede provocar serios problemas y riesgos ya no solo en su apariencia física, provocando resultados no deseados, sino también en su salud en general, como puede ser la pérdida de movilidad. Sin embargo, abogo por la cirugía plástica en el caso de que el menor sufra de algún trastorno, grave depresión, bullying y demás, ya que lo que realmente prima es tanto la salud física como psíquica del paciente. Lo que parece claro y evidente, es que se deben sopesar cuidadosamente los beneficios y riesgos potenciales, y se deben establecer salvaguardias sólidas para proteger el bienestar de los menores. La toma de decisiones debe basarse en la consideración del interés superior del menor y en un diálogo multidisciplinario que incluya a los profesionales de la salud, los padres y los expertos en ética. En definitiva, la medicina satisfactiva es un tema complejo y controvertido que requiere un enfoque ético y equilibrado.

CUARTA: la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave es un paso importante en la protección de los derechos y la salud de los menores. Esta circular establece un marco normativo que busca equilibrar los derechos de los padres o representantes legales con el interés superior del menor en situaciones críticas donde se requiere una intervención médica para garantizar su vida y bienestar. Proporciona orientación clara sobre los procedimientos y consideraciones legales que deben seguirse en caso de conflicto, involucrando al Ministerio Fiscal y a los tribunales para tomar decisiones informadas.

Lo que encuentro positivo de esta circular es que prioriza la protección de la salud y la vida de los menores, incluso cuando existen conflictos éticos o religiosos en relación con las intervenciones médicas propuestas. Reconoce la importancia del consentimiento informado, tanto por parte del menor en la medida de su capacidad de comprensión, como de sus padres o representantes legales.

Además, la circular resalta la necesidad de la intervención temprana y el diálogo entre todas las partes involucradas, lo que promueve una toma de decisiones más informada y consensuada. Esto demuestra una preocupación genuina por garantizar que se tengan en cuenta los derechos y el bienestar del menor en cada caso.

En general, considero que la Circular 1/2012 es una herramienta valiosa para abordar los conflictos que pueden surgir en situaciones críticas relacionadas con intervenciones médicas en menores de edad. Proporciona claridad y orientación, asegurando que se tomen decisiones fundamentadas y que se proteja adecuadamente la vida y la salud de los menores en situaciones de riesgo grave.

No obstante, es importante tener en cuenta que cada caso debe ser evaluado individualmente, considerando las circunstancias particulares y el interés superior del menor en cada situación.

QUINTA: La cuestión de la salud sexual y reproductiva en los menores de edad, incluyendo la legalización del aborto a partir de los 16 años, es un tema complejo que genera opiniones encontradas.

Por un lado, reconozco la importancia de brindar acceso a la información, educación y servicios de salud sexual y reproductiva a los menores de edad. Es fundamental que los jóvenes tengan conocimientos y recursos para tomar decisiones informadas sobre su salud sexual, prevenir embarazos no deseados y protegerse de enfermedades de transmisión sexual. Además, es esencial que se sientan seguros y apoyados al buscar atención médica en casos de embarazo no planificado.

Sin embargo, la cuestión de la legalización del aborto a partir de los 16 años, permitiendo que sus representantes legales, si así lo creen los menores implicados, no tengan conocimiento alguno sobre la situación en la que se encuentran, me parece un disparate ya que, tus padres, amén de ser “tus jefes” a esa edad, solo buscan lo mejor para ti, con lo cual te van a aconsejar de forma adecuada. La adolescencia es un período de desarrollo emocional y cognitivo, y puede haber limitaciones en la capacidad de los menores para comprender

completamente las implicaciones de una decisión tan importante como el aborto. Además, existen preguntas sobre la capacidad de los menores para lidiar emocionalmente con las consecuencias de un aborto y el apoyo que se les brinda en ese proceso. No obstante, me parece correcta la cláusula que permite a los menores de edad no decir nada a sus representantes legales siempre y cuando justifiquen correcta y pormenorizadamente que, en el caso de que sus representantes lo sepan, pueda desencadenar en una situación violenta y corran peligro.

Desde una perspectiva crítica, considero que la legalización del aborto a partir de los 16 años debería ser objeto de un debate profundo y una evaluación cuidadosa de las implicaciones éticas, psicológicas y sociales. Es importante tener en cuenta que cada caso es único y que se deben considerar aspectos individuales, como el nivel de madurez emocional y la capacidad de tomar decisiones informadas de cada menor.

SEXTA: con respecto a la eutanasia, decir en primer lugar que, entiendo, es un tema altamente controvertido tanto ética como religiosamente. En lo relativo a ella, me parece correcta la forma en cómo esta regulada en España desde el año 2021, ahora bien, personalmente siento envidia por países como Países Bajos o Bélgica. Como ya hemos visto, estos países permiten la eutanasia infantil, siendo Bélgica el país pionero estableciéndola sin límite de edad, y seguido por Países Bajos. Personalmente, en España, estipularía lo mismo que en Países Bajos, es decir, para las personas mayores de doce años, ser tratados como adultos y que puedan decidir por ellos mismos; y para los menores que tengan entre uno y doce años, las mismas directrices que estipula ese país, otorgarla a aquellos menores que sufran de una enfermedad gravísima y que sea claro que el fallecimiento se va a producir en un periodo corto de tiempo.

Con respecto a la situación de Bélgica, eutanasia sin límite de edad, me parece del todo improcedente.

No obstante, a tenor de que España, país del que soy nacional, no regule la eutanasia infantil, me siento extremadamente orgulloso por el hecho de que tengamos la eutanasia regulada en nuestro ordenamiento jurídico, ya que somos de los pocos países del mundo que podemos “disfrutar” de ella.

SÉPTIMA: respecto al tema de la disforia de género en los menores de edad y la posibilidad de que estos se sometan a operaciones para la modificación de sus genitales, no estoy nada de acuerdo. Entiendo que las personas que son diagnosticadas con disforia de

género padecen una grave incomodidad o malestar debido a la discrepancia entre su identidad de género y el sexo asignado al nacer, pero estas personas también han de entender que, la exposición de su cuerpo, todavía en desarrollo, a ese tipo de operaciones es tremendamente arriesgada y dolorosa, por no hablar de que las opiniones y los sentimientos, al igual que vienen, se van, y más en la época de la adolescencia. Veo incongruente que un menor de edad no pueda conducir un coche, votar, viajar a otros países sin el permiso paterno, pero sí pueda decidir sobre un tema tan importante como la reasignación física de sus aparatos sexuales, sobre todo cuando no es algo que se pueda revertir.

8. BIBLIOGRAFÍA.

1. ARBESÚ GONZÁLEZ, V., “El consentimiento del menor en medicina voluntaria. A propósito de la reforma operada por la Disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica”. Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso 2016.
2. CADENAS OSUNA, D., El consentimiento informado y la responsabilidad médica, BOE, Madrid, 2018.
3. DE LA TORRE, F.J (Coord), Adolescencia, menor maduro y Bioética, Universidad Pontificia Comillas, 2011.
4. DE LA TORRE, F.J (Coord), Reflexiones en torno a los menores maduros, Aranzadi, 2013.
5. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2015) Dilemas ético-legales que presenta la regulación de la capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico. Vol. XIX N°5 JUNIO 2015 VI. (https://www.pediatruiintegral.es//wp-content/uploads/2015/xix05/01/n5-302-307_20aniversario-PI.pdf).
6. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., GARZÓN VALDÉS, E., La autonomía progresiva del menor en la atención médica y sanitaria: un análisis jurídico, Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 36, 2012, p. 10.
7. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., SANMARTÍN NAVARRO, C., «El menor maduro en la atención sanitaria y la participación de los padres en su toma de

- decisiones. Análisis desde la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 33, 2010, p. 74.
8. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., SANMARTÍN NAVARRO, C., «Menores y Derecho a la información clínica: ¿puede el paciente menor acceder a la información médica?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 30, 2009, p. 185.
 9. DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. Página 2.
 10. DWORKIN, G., “Paternalism” en Wasserstrom, R. (ed.), *Morality and the law*, Wadsworth PublishingCo., Belmont, 1971, p. 20.
 11. GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad Civil Médica*, Tercera Ed. junio 2011, Civitas, Thomson Reuters.
 12. GONZÁLEZ MIRASOL, P., “Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica”, 2005.
 13. LÁZARO, J., GRACIA, D., *La relación médico-enfermo a través de la historia*, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, vol.29, sup. 3, 2006.
 14. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil (I) Volumen II, Derecho de la Persona*, 6ª Edición, 2018.
 15. MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Tratado del menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
 16. Nota de prensa. Encuesta “La realidad de la Cirugía Estética en España 2017-2018” publicada por la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética (SECPRE).
 17. OGANDO DÍAZ, B., GARCÍA PÉREZ, C., *Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro*, *Pediatría Integral* XI (10), 2007.
 18. PARRA LUCÁN, M. A. *La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español*. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 2/2003, Editorial Aranzadi, SAU.
 19. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F, J., *El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario. Análisis de la cuestión en menores y sus representantes*, Universidad de Murcia, 2016.

20. ROMEO CASABONA, C. M., ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, num. 2, 1998, p. 327-348.
21. RUIZ DE HUIDOBRO, J.M. El valor jurídico de las decisiones del menor maduro: adolescencia y menor maduro, visión desde el derecho, Vol. Adolescencia, menor maduro y Bioética, De la Torre, F.J (Coord), Universidad Pontificia Comillas, 2011.
22. RUIZ JIMÉNEZ, J., “La situación del menor en el ámbito sanitario”, *Revista Pediatría Atención Primaria*, vol. 13, N.º 50, 2011.
23. SEBASTIÁ ALCÁCER, Mª D., La edad como condicionante del derecho: el caso del paciente menor, Universitat de València, 2014.
24. SÁNCHEZ JACOB, M., “El menor maduro”, *Boletín de pediatría*, vol. 45, n. 193, 2005.
25. TAPIA BALLESTEROS, P., Orientación sexual, identidad de género y Derecho penal, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013, págs. 7 y 8.
26. VIDAL GALLARDO, M.ª M., El derecho a la identidad sexual como manifestación del derecho a la identidad personal, en *Laicidad y libertades*, escritos jurídicos, núm. 3, 2003, pág. 386 y ELVIRA PERALES, A., Transexualidad y derechos en *Revista general de derecho constitucional*, núm. 17, 2013, pág. 3.
27. Códigos Penales Españoles Recopilación y concordancias Volumen I Autores: Jacobo Barja de Quiroga Luis Rodríguez Ramos Lourdes Ruiz de Gordejuela López. CÓDIGO PENAL DE 1848. Página 282. (https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2022-270_1).
28. DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 1/2012, de 12 de enero, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.
29. LIZARRAGA BONELLI, E. Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario (Reflexiones y comentarios), Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

LEGISLACIÓN:

1. Constitución española de 1978.
2. Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina,

- conocido también como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o "Convenio de Oviedo", es un pacto promovido por el Consejo de Europa y firmado en la ciudad española de Oviedo el 4 de abril de 1997.
3. Convención sobre los Derechos del Niño, firmado el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.
 4. Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre del año 1948, en París.
 5. Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
 6. Ley 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
 7. Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo.
 8. Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.
 9. Ley 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.
 10. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.
 11. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
 12. 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.
 13. Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte.
 14. Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
 15. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
 16. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
 17. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
 18. Real Decreto por el que se publica el Código Civil español.
 19. BOLETÍN OFICIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, número 53 de 18/03/2009.

ENLACES ON-LINE:

1. <https://www.delorenzoabogados.es/blog/?p=871>
2. <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2023/04/14/64398b73e4d4d8ac288b458e.html>
3. <https://www.elmundo.es/internacional/2014/02/13/52fd034d22601d70448b4580.html>
4. <https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/notasprensa/Paginas/irene-montero-esta-ley-amplia-derechos-ive.aspx>
5. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodem Ministros/resumenes/Paginas/2022/170522-rp-cministros.aspx>
6. <https://www.rtve.es/playz/20210113/aumento-casos-cirugia-estetica-pandemia/2065033.shtml>
7. <https://www.sanidad.gob.es/areas/promocionPrevencion/embarazo/datosEstadisticos.htm>
8. <https://www.vogue.com/article/bella-hadid-cover-april-2022>

JURISPRUDENCIA:

ALTO TRIBUNAL DEL REINO UNIDO:

- Caso "Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority"
(<https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/01/HL-1985-Gillick-v.-West-Norfolk-and-Wisbech-Area-Health-Authority-and-Anr..pdf>)

TRIBUNAL DE APELACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL CIRCUITO DEL DISTRITO DE COLUMBIA:

- Caso "Canterbury vs. Spence"
(https://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/canterbury_v_spence.htm).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL:

- Pleno. Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016.
- Pleno. Sentencia 154/2002, de 18 de julio de 2002. Recurso de amparo avogado 3.468/97 (<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2002-15992.pdf>).

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL:

- Sentencia del Tribunal Supremo número 685/2019, de 17 de diciembre de 2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 758/2005, de 21 de octubre de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 1124/97, 2 de diciembre de 1997 (<https://vlex.es/vid/medica-intervencion-quirurgica-nexo-causal-17744387>).