

# El consentimiento informado en el menor de edad en España: mayoría de edad, representación y teorías determinantes de la minoría de edad

Informed consent in minor in Spain: age of majority, representation, and determining theories minority

## F. Die Badolato

Doctor Profesor asociado.  
Escuela de Medicina Legal.  
Departamento de  
Toxicología y Legislación  
Sanitaria. Universidad  
Complutense de Madrid.  
Madrid.

Correspondencia:  
Fernando Die Badolato  
E-mail: fdie@rect.ucm.es

Fecha de recepción:  
05.JULIO.2016

Fecha de aceptación:  
30.MAYO.2017

## Resumen

La minoría de edad, así como las situaciones y las figuras jurídicas que la acompañan, ocupan un lugar destacado a la hora de estudiar el consentimiento informado. La actuación del personal sanitario deberá ser muy distinta si estamos ante una persona considerada como menor o mayor de edad.

**Palabras clave:** Minoría de edad. Edad sanitaria. Consentimiento informado.

## Abstract

The minority and legal situations and accompanying figures prominently when informed consent study the place. The performance of health workers must be very different if we have a person considered as a minor or an adult.

**Key words:** Minority. Health age. Informed consent.

## El menor de edad en el Derecho

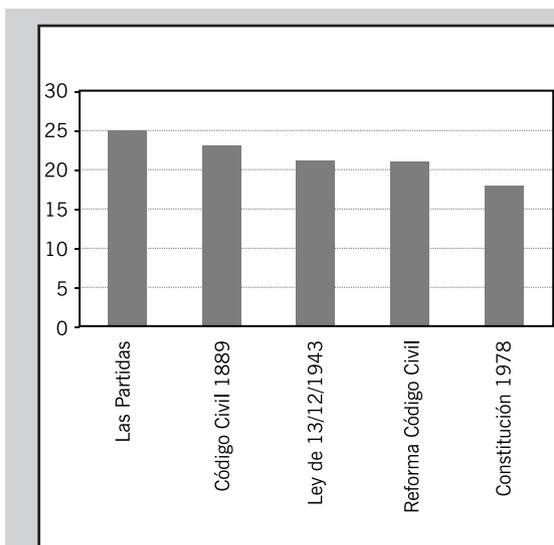
Antes de entrar en la materia propia del menor, podríamos denominarla minoría de edad en sanidad, es preciso acudir a nuestras normas para entender qué se entiende por esta, y por lo tanto quién es un menor de edad para nuestro Derecho positivo, así como en nuestro entorno a través del Derecho comparado.

Esta situación jurídica de minoría interesa, no ya en cuanto a derechos y deberes de los menores, que por supuesto que sí, pero la más importante de las cuestiones que interesan aquí sería la de la capacidad de obrar<sup>1</sup>, concretamente en la situación de encontrarse necesitado de auxilio clínico, y por tanto habrá que ver si las personas con el estatus jurídico de menor de edad tienen o no capacidad de obrar en asuntos sanitarios que les conciernen directamente. Aquí, en este trabajo, interesa la capacidad de obrar en el consentimiento informado.

La primera y fundamental de nuestras normas es la Constitución; en concreto, nos encontramos con el artículo 12: “*Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.*” En este punto, del comentario de este artículo constitucional, la doctrina se plantea que este concepto de capacidad de obrar no debería de venir dado solo por la edad, entendida como mero dato objetivo de tener cumplidos los dieciocho años, sino que debería de tenerse en cuenta la aptitud y madurez para comprender y asumir ciertos actos y hechos<sup>1</sup>. Como dicen los autores referenciados, el dato objetivo de los dieciocho años se toma en aras de la seguridad jurídica.

En nuestro Derecho comparado no es común que se contemple la inclusión de la mayoría de edad en las normas fundamentales. En mi opinión, se podría haber realizado una remisión a los poderes públicos para que establezcan en su caso las distintas mayorías de edad para ciertos actos. Uno de ellos es importante, como es el caso que nos ocupa, y la minoría o mayoría de edad sanitaria debería de haberse incluido.

A lo largo de nuestra historia, por lo que respecta al límite de edad, ha recogido nuestra Constitución lo que era una constante en la evolución de la minoría de edad en España y en países de nuestro entorno, como es la cada vez más y más rebaja en la mayoría de edad.



**Figura 1.**  
Evolución de la mayoría de edad en España desde Las Partidas hasta nuestra Constitución de 1978.

Esta rebaja gradual, que se muestra en la Figura 1, se puede comprobar desde los 25 años de las Partidas hasta la Constitución con sus ya consabidos 18 años.

## La mayoría de edad sanitaria

### Introducción

Como punto introductorio a este epígrafe, quiero resaltar que estamos en una evolución donde ya el paciente tiene unos derechos, y como consecuencia el legislador le reconoce su libre autonomía como paciente. Seoane Spielgelberg<sup>2</sup> nos habla de la evolución que ha existido en la relación médico-paciente, donde se ha pasado de un paternanlismo al principio de autonomía del paciente. Creo que esta evolución es aplicable también, con los matices oportunos, al caso que nos ocupa en el presente trabajo, que no es otro que el de los menores de edad. El autor nos da la cita de Hipócrates que dice: “*Haz todo esto con calma y orden, ocultando al enfermo durante tu actuación la mayoría de las cosas ... anímale con solicitud y amabilidad, sin mostrarle nada de lo que le va a pasar, ni de su estado actual...*”.

<sup>1</sup>Alude a la posibilidad, aptitud o idoneidad que tienen las personas para ejercer o poner en práctica los derechos y obligaciones de que son titulares.

<sup>2</sup>Hay que destacar que la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992), establece la mayoría de edad a los mismos años que nuestra Constitución.

En nuestros tiempos, tal afirmación se considera limitativa de nuestros derechos fundamentales, pues es precisamente esto lo que quiero resaltar, que en referencia a los menores puede haber ciertos casos en los que se estén limitando gravemente sus derechos, en aras de un paternalismo mal entendido o anacrónico.

No debemos obviar que el médico cuando omite ese deber de información, además de infringir un deber ético y/o legal, expone al paciente a unos riesgos que no puede conocer y por tanto valorar. Como dice C. Sardinero<sup>3</sup> en estos casos se invierte la carga de la prueba, siendo obligación del profesional médico demostrar que si el paciente hubiera conocido la información que él mismo le tendría que haber proporcionado habría aceptado la intervención médica en cuestión.

Hecha esta salvedad, el presente trabajo habla de manera general, podríamos decir, de todos los consentimientos informados<sup>4</sup>. El autor plantea los “diferentes” supuestos particulares como pueden ser la transfusión de sangre, la extracción y utilización de tejidos, el aborto del menor, etc.

### ***La Carta Europea de los Derechos del Niño***

Hay que citar primero la Resolución A3-0172/92 por la que se aprueba la *Carta Europea de los Derechos del Niño*, que a pesar de ser una normativa moderna, a mi juicio, en el apartado que aquí nos interesa se queda corta, olvidando el tratamiento del menor en cuestiones sanitarias. De esta forma, en el Considerando D. 15 establece la salvaguardia de los intereses del menor y el derecho a ser oído<sup>III</sup>.

Dos cuestiones me parecen importantes. La primera de ellas de este gran considerando es que introduce

el derecho del niño a ser oído en el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. La segunda cuestión a resaltar de este considerando es que me parece que adolece de falta de alguna mención a la salud del niño; parece indicar que tiene que ser oído, pero cuando nos dice que especialmente esto ha de cumplirse la norma calla al respecto del tema que se trata en el presente trabajo. Creo que no solo la patria potestad es importante, la guardia y custodia y su ejercicio, la tutoría, adopción, etc. Podría haber introducido aquí una expresión que hiciera referencia a la salud y las decisiones que sobre este tema afectan al menor, no encontrando quien suscribe referencia alguna en toda la resolución y Carta mención alguna sobre los derechos del niño en esta materia.

### ***La Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor***

Hay que hablar de los orígenes de la actuación de los menores en el caso de la sanidad, siendo importante tener presente tanto la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como la circular 1/2012 de la Fiscalía, 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.

En su exposición de motivos, hay una cuestión que merece ser destacada, y es la declaración que realiza esta norma sobre los derechos del niño. De esta forma, nos dice que el menor tiene que ser escuchado si tuviera suficiente juicio<sup>IV</sup>.

<sup>III</sup>“Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño.”

<sup>IV</sup>El desarrollo legislativo posconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto “ser escuchado si tuviere suficiente juicio” se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

Otra cuestión importante, aunque meramente declarativa, es la que se realiza dos párrafos más adelante en esta exposición de motivos. Así reza: *“El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.”*

La norma realiza una serie de menciones directas a ciertos derechos; así, por ejemplo, en los artículos 4 y siguientes: derechos al honor, a la intimidad, libertad ideológica, derecho de participación, libertad de expresión. Y de esta forma pasa sin decir nada de los derechos del niño en cuanto a su vida sanitaria.

Por otra parte, en el artículo 9 nos vuelve a realizar una referencia a ese derecho a ser oído por parte del menor: *“El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social...”*

### **La Ley 41/2002 de autonomía del paciente**

De esta forma, y teniendo en cuenta la legislación mencionada hasta ahora y la Ley 41/2002 que se verá más adelante, creo que hay que interpretar las normas relativas al consentimiento informado de los menores conforme a una exégesis teleológica<sup>4</sup>. Creo que el fin de la norma es establecer la mayoría de edad sanitaria en los 16 años, y la necesidad de tener en cuenta al menor de edad según su grado de madurez. En mi opinión, sí resulta positivo que se deje abierta la posibilidad de que el menor, según su grado de madurez, pueda ser tenido en cuenta a la hora de decidir sobre su futuro.

Siguiendo a M<sup>a</sup>. Belén Andreu Martínez<sup>5</sup>, en el artículo 162 de nuestro Código Civil se establece una cuestión vital a la hora de estudiar este tema, y es el asunto de que los derechos de personalidad no pueden ser objeto de patria potestad. Establece este precepto unos límites que muchas veces son olvidados por aquellas personas que ejercen la pa-

tria potestad o la representación del menor. De esta forma, este artículo 162 nos dice: *“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º- Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.”*

### **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**

Por otra parte, en el artículo 9.1 de esta ley, en su redacción dada por la LO 8/2015 nos hace esta referencia a ese derecho a ser oído el menor: *“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.”*

No comparto primeramente la opinión de la Fiscalía cuando nos dice en la introducción que *“el marco jurídico no es lo suficientemente claro”*, teniendo que acudir a la exégesis en clara dirección del interés del menor. En mi opinión, tal afirmación del Ministerio Fiscal lo que hace es plantear la cuestión desde una perspectiva equivocada. No se trataría de ver el asunto desde la oscuridad legislativa; el legislador lo deja claro, lo que ocurre es que para ciertos casos deja planteada una cuestión abierta.

Tal y como digo, no hay que tildar de oscuridad lo que el Derecho deja a la realización de una exégesis, y más cuando esta interpretación tiene una clara directiva como es el artículo 2 de la LO 1/1996. Dicho precepto establece que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

<sup>4</sup>Sí existe una indefinición que debería haber sido subsanada ya en lo relativo a quién compete decidir o resolver los conflictos en caso de riesgo grave. Aquí sí que estoy de acuerdo con la Circular debido a que la Ley 41/2002 debería haber dejado resuelto este tema.

La ley, cuando puede ser taxativa, es bueno que lo sea, dejando claros los términos de la norma, por lo que con una mera interpretación literal de ese precepto es suficiente para poder subsumir el hecho en la norma. La cuestión a debatir es que el legislador, en este caso, ha querido dejar un margen de interpretación en ciertos casos de menores maduros y de menores que tengan más de doce años, fijando la mayoría de edad sanitaria en los 16 años.

Volviendo a la circular que se analiza, sí que nos enumera ciertos casos en los que el legislador es taxativo, como pueden ser la capacidad para testar del menor (631 cc), la capacidad para ser testigo en actos inter vivos (1.246.3 cc), la capacidad de los mayores de 16 años emancipados (320 cc) y, por último, la mayoría de edad laboral, fijada en el artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Todo esto, que a la Fiscalía no le parece un marco jurídico lo suficientemente claro, opino que se desdice cuando en el texto dice que habrá que hacer una valoración individualizada. En esto sí que estoy en perfecta armonía con lo establecido en la circular, debido a que creo que ese es el espíritu de la norma. El Código Civil, en su artículo 3, establece los criterios de interpretación de nuestro derecho positivo, y nos dice: *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”*

De esta forma, la Ley Orgánica 1/1996 reconoce los siguientes derechos al menor, que no son otros que derechos de la personalidad, y por tanto el derecho a la información y a la prestación del consentimiento informado, que viene subsumido en algunos de esta lista de derechos de la personalidad que tiene que ser interpretada de forma amplia a la hora de conceder la representación del menor, y por tanto de no darle su propia capacidad de obrar para estos actos.

Otro ejemplo de esta interpretación extensiva del derecho del menor a ser informado y a prestar su consentimiento es que la ley dice que la opinión de los padres ha de ser tenida en cuenta. Además, estoy totalmente de acuerdo con Cantero Martínez<sup>6</sup> cuando dice que si el legislador nos ha dicho esto es porque no ha querido que los progenitores tuvieran la última palabra.

Atendiendo a lo expuesto, creo que esa indefinición es buena para el caso que nos ocupa, y no debe ser interpretada de esa forma “negativa”, diciendo que es oscura la normativa a aplicar. No estamos hablando de la capacidad para obtener una licencia de caza o

el permiso de conducir, donde claramente se puede establecer la mayoría de edad a los 18 años y no se plantea ningún problema jurídico ni social. Si bien es cierto que también esta licencia o permiso pudieran depender del grado de madurez de ese menor para establecer ciertas excepciones, aunque en mi opinión sería un caos jurídico hacer extensivo este concepto jurídico indeterminado de la minoría madura a otros campos del Derecho.

Lo que ocurre es que el legislador otorga un papel al médico que, en mi opinión, no le corresponde; oscuro no, desacertado sí. El profesional médico, experto en su arte, tiene que elaborar una pericia que no le corresponde por su saber y que sí corresponde a otro tipo de profesionales.

## Consentimiento vs. información

En el caso de los menores, este es un tema de gran interés por ir ligado el asunto del consentimiento informado al derecho a la información sanitaria del paciente.

### Consentimiento informado como derecho fundamental

Sancho Gargallo<sup>7</sup> nos dice que la Sala 1 del Tribunal Supremo ha catalogado este consentimiento informado como un derecho fundamental, como por ejemplo SSTS, 1º, 12 de enero 2001, RJ 2001/3, y 11 de mayo 2001, RJ 2001/6197. En estas sentencias se refiere al derecho de información como un derecho fundamental, consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución, y sobre todo en el artículo 1.1, donde se reconocen la autonomía del individuo y la libertad. De esta forma, se conectan estos dos preceptos antedichos con los artículos 15 a 18, como más adelante expone el autor, y consagrando ya como derecho fundamental ese deber de consentimiento informado ligado al derecho a la información del paciente.

Jurisprudencia más reciente de nuestro Tribunal Constitucional reitera los argumentos ya expuestos por sentencias anteriores del Tribunal Supremo. Es el caso de la STC 37/2011, de 28 de marzo<sup>8</sup>, que nos dice que la falta de información no supone una vulneración del derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución. Sin embargo, el alto tribunal sí que nos dice que esa falta de información puede repercutir en nuestra integridad física y moral, por lo que sí puede suponer una vulneración del artículo 15.1, eso sí, siempre que dicho riesgo suponga un riesgo grave y cierto para la salud.

### **Carta europea de los niños hospitalizados**

Podemos partir de la *Carta europea de los niños hospitalizados* (DOCE, de 13 de mayo de 1986), que en su apartado 4. d) nos dice: “*Derecho del niño a recibir una información adaptada a su edad, su desarrollo mental, su estado afectivo y psicológico, con respecto al conjunto del tratamiento médico: al que se le somete y a las perspectivas positivas que dicho tratamiento ofrece.*”

Vemos, por tanto, que ya en el año 1986 se protegía el derecho a la información del niño. El problema, en mi opinión, es ligar estas dos cuestiones: el consentimiento y el derecho a ser informado. Pero creo que todavía no es exacto lo que quiero expresar en este epígrafe. Sería más conveniente hablar de capacidad de comprensión total del acto. Naturalmente, el derecho a expresar el consentimiento y a ser informado conlleva la capacidad para entender, no solo el diagnóstico, sino la realidad adulta en la que el niño, o menor<sup>vi</sup>, se encuentra en el momento en el que hay que recabar el consentimiento y la previa información.

En este apartado, la ley vuelve a cargar con el deber jurídico al médico de informar, o mejor dicho, de realizar el acto de informar adecuadamente, conforme al artículo 4.3 de la Ley 41/2002. En esto estoy de acuerdo totalmente con la ley en cuestión, ya que debe ser el médico quien informe al paciente menor de edad. No siendo el profesional médico quien deba valorar el suficiente juicio o no del menor de 16 años y mayor de 12.

Creo, y soy totalmente neófito en temas de psicología, que al personal médico hay que darle un papel muy relevante en los procesos de consentimiento e información a los pacientes menores de edad, pero habría que liberarle de esa responsabilidad que pertenece a otros foros profesionales. Digo que tiene un papel relevante y principal, si se quiere llamar así, pero aun cayendo en la ignorancia, mi opinión es que debería haber un Equipo de Valoración de Menores (podría utilizarse esta denominación), formado por personal médico y psiquiátrico o psicológico, que en cada caso en concreto interviniera.

### **La multiculturalidad de los pacientes**

Una vez aquí, hay que hacer una reflexión sobre la situación actual de los pacientes en los hospitales. La cuestión a reflexionar en este párrafo es la multiculturalidad existente en nuestro entorno. Cada vez son más las personas de otras culturas que pasan a ser usuarios de nuestro sistema de salud. Esto me lleva a preguntarme, si cargamos toda la responsabilidad al profesional médico, primero, ¿está preparado para atender esta necesidad psicológica?, y segundo, en el caso de otras culturas y otros países, ¿le podemos exigir también que conozca temas de antropología o de psicología social?

En este sentido son muy interesantes los datos que nos ofrece De Montalvo Jääskeläinen<sup>7</sup>. El autor incide en esta multiculturalidad desde una perspectiva interesante, como es la relación médico-paciente-familia. En el mundo anglosajón refiere que estas relaciones o decisiones que se toman a lo largo del tratamiento pertenecen al médico y al enfermo, familia y médico. Sin embargo, nos da el dato más adelante de lo que ocurre en ciertos países asiáticos, como China y Japón. Con referencia a este primero, nos dice que el médico recibe un tratamiento de respeto equivalente al de los padres de familia o incluso al de los ancianos del clan. Esto permite al médico no hacer caso a lo que opina la familia si cree que es necesario realizar alguna acción o toma de decisión. En el segundo, Japón, domina el binomio médico-familia por encima de médico-paciente, actuando la familia como mediadora en la relación médico-paciente.

En opinión de quien suscribe, teniendo en cuenta la multiculturalidad debida a la globalización existente y cuya tendencia es que se vaya incrementando, debe existir ese equipo de valoraciones de los menores, integrado al mismo tiempo por diversos profesionales de campos distintos.

Finalizando estas reflexiones, y a modo de conclusión, diré que existe una tendencia en los siguientes temas:

- Rebaja en la mayoría de edad.
- Mayor protagonismo de los menores.
- Interpretación restrictiva a los límites del menor.

<sup>vi</sup>Se prefiere el término “menor” al de “niño”. Creo que es más jurídico, y además, en cuanto a sujeto de derechos y facultades, y su ejercicio, la palabra “niño” puede llevar a engaños y nos puede hacer ver que solo debe existir protección.

## Bibliografía

1. Gálvez Muñoz L, Sierira S. (Consultado el 3/10/2015.) Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=11&fin=13&tipo=2>
2. Seoane Spiegelberg JL. Apuntes sobre la responsabilidad médica: su tratamiento ante los tribunales. En: VV.AA. Bello Janeiro D, coordinador. Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria. Madrid: REUS; 2013.
3. Sardinero García C. *Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito sanitario*. Valencia. Tirant Lo Blanch; 2016.
4. Asensio Sánchez MA. *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L.; 2012.
5. Andreu Martínez MB. Consentimiento por sustitución. En: *Derecho y salud*. Estudios de Bioderecho. Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia. Valencia. Tirant Lo Blanch.; 2013; p 159).
6. Cantero Martínez J. El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades. *Revista Derecho y Salud*. 2009;18(2).
7. Gascón Abellán M, González Carrasco MC, Cantero Martínez J, Alemany García M, Atienza Rodríguez M, de Lora Deltoro P, *et al*. *Derecho sanitario y bioética*. Valencia: Tirant lo Blanch; 2011.
8. Westlaw. Aranzadi. Base de datos Universidad Complutense de Madrid. (Consultado el 3/11/2015.).