

MINORÍA DE EDAD EN EL ÁMBITO BIOSANITARIO

La mayor problemática en relación con la minoría de edad en el ámbito biosanitario es en primer lugar determinar en qué medida los menores y, más aún, aquellos que se encuentran en edades próximas a la mayoría de edad (menor maduro) pueden o no pueden ejercitar el derecho a autorizar o rechazar tratamientos médicos como expresión de su autonomía de voluntad y en segundo lugar el desafío que supone para los médicos el determinar cuál es la capacidad de obrar de esos menores.

Por regla general la capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad, esto es los 18 años, conforme el artículo 12 de nuestra Constitución, edad que coincide con la mayoría de edad penal.

La regulación de la capacidad de obrar del menor la encontramos en el artículo 9 de la LAP (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 técnica) en donde en su redacción original (año 2002) disponía que cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con 16 años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación.

En este punto se debe aclarar que la normativa española reconoce los 16 años como presunción de capacidad decisoria, referida a la capacidad de derecho, es decir, al reconocimiento legal de las aptitudes de una persona, para actuaciones sobre el menor, pero no como mayoría de edad sanitaria.

Nuestro ordenamiento sanitario, no ha resuelto todavía la determinación de la mayoría de edad sanitaria, inexistente realmente en nuestra normativa jurídica. Cuando se afirma de forma descontextualizada, que la mayoría de edad sanitaria es en España la de 16 años, es un error técnico-jurídico, toda vez que la mayoría de edad civil (a partir de los 18 años), es coincidente con la plena mayoría de edad sanitaria, a diferencia de lo que ocurre en Francia donde “la mayoría médica”, suele fijarse por la doctrina en los 15 años de edad, o el Acta sobre Derecho de Familia Inglesa (Family Law Reform Act 1969) fija en su artículo 8 la edad de 16 años para otorgar consentimiento informado pleno.

Otra de las cuestiones difíciles en relación la minoría de edad en el ámbito biosanitario es resolver el papel que ostentan los padres o representantes del menor en la toma de decisiones.

El artículo 154 del Código Civil establece el principio de beneficencia como límite a los poderes de decisión de los representantes legales del menor. Es decir, la capacidad de decisión de los representantes legales de los menores de edad se encuentra limitada, ya que únicamente pueden decidir en beneficio del menor, en ese sentido los padres de un menor no pueden denegar su autorización para una cirugía que va en beneficio de la salud del paciente, así se establece en el apartado 6 del artículo 9 de la LAP

Ahora bien, tampoco se puede pensar que en el caso de los progenitores estos carezcan de todo derecho respecto de la posición sobre el menor, la Declaración de la Comisión Central de Deontología sobre la ética médica en la atención al menor maduro de fecha 30 de 11 de 2007 establece que “en ningún momento se debe olvidar que son los padres del menor los que en principio están más capacitados para valorar su grado de madurez por lo que siempre que sea posible, se les deberá incluir en la valoración del menor” añadiendo “el concepto de menor maduro no implica la eliminación de la intervención de los padres como garantes de su salud. Aún en las situaciones en las que el menor sea considerado maduro por el médico y por tanto con capacidad para decidir, los padres o tutores legales deben ser informados sobre el acto médico que se pretende llevar a cabo y recabar su consentimiento”, en idénticos términos se expresa en Comité de Bioética de la Academia Americana de Pediatría.

En definitiva, las facultades de decisión de los padres del menor encuentran como límite el principio de no maleficencia. Para determinar cuándo una decisión adoptada en representación del menor es o no maleficiente hay que acudir al principio del interés superior del menor. El interés superior del menor aparece en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1959. El problema es que el interés superior del menor constituye un concepto jurídico indeterminado.

No obstante, en nuestro ordenamiento 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” realiza un resumen de nuestra doctrina jurisprudencial sobre el principio del interés superior del menor y se remite la Sentencia del Tribunal Supremo nº 565/2009 de 31 de julio, que establece una serie de criterios, máximas de experiencia, medios o procedimientos para orientar la determinación del interés del menor y paralelamente, su concreción en el caso concreto.

La citada Circular concluye estableciendo que se impone establecer un equilibrio entre el respeto debido a la autonomía del paciente menor de edad, a la patria potestad, y la protección de la vida e integridad individuales. Entiende la Circular que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, encontrándose teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Sólo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, conforme al preámbulo de la misma hace expresa referencia al principio de interés superior del menor y a la Circular 1/2012 de la fiscalía general del Estado y conforme a la Disposición Final Segunda se modifican los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7 al 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.

Dicha modificación, que se sustenta en el principio superior del menor, opera sobre la premisa de que aquellos casos en los que la decisión del menor, ya sea de exigir o de rechazar

una determinada actuación médica, ponga en riesgo su vida o su integridad física o psíquica, su autonomía cesa a favor de sus padres, lo cuales habrán de actuar siempre en beneficio del menor. En conclusión, esa presunción de capacidad decisoria de los menores a partir de los 16 años cesa en los casos de grave riesgo.

Otras limitaciones a la capacidad decisoria de los menores a partir de los 16 años la encontramos en la práctica de ensayos clínicos y las técnicas de reproducción asistida que conforme el apartado 5 del citado artículo 9 se rige régimen por la mayoría de edad legal (18 años), pudiendo resultar contradictorio que una menor de 16 años pueda optar por el aborto sin consentimiento ni tan siquiera el conocimiento de sus representantes legales y sin embargo no pueda acceder a técnicas de reproducción asistida.

En esa línea y respecto al desafío que supone para los médicos el determinar cuál es la capacidad de obrar de esos menores. A este respecto resulta de gran utilidad la Actualización de la Declaración de la Comisión Central de Deontología sobre asistencia médica al menor maduro en situaciones sobre rechazo al tratamiento, documento emitido por la Comisión Central de Deontología del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de febrero del 2016, en el que se recogen una serie de recomendaciones practicas a nivel asistencial, siguiendo como criterio divisorio la edad del menor, su correspondiente grado de capacidad y la diversidad de cuadros clínicos.

En definitiva y frente a las contradicciones existentes respecto al debate existente respecto a las capacidad decisoria de los menores de edad, no podemos obviar que la modificación efectuada La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en los puntos 3, 4 y 5 y los apartados añadidos 6 y 7 al artículo 9 de la LAP, ponía de manifiesto una realidad frente a una generalidad y es reconocer que, con independencia de la gravedad o alcance de la intervención, el menor de 16 años puede ser tan inmaduro como otro de menor edad para valorar el alcance de la intervención, y los procesos de maduración biológica no son iguales en todas las personas, debiendo prevalecer siempre el “interés superior del menor”.

Ofelia de Lorenzo

Experta en Derecho Sanitario

Experta en Bioética

Socia - Directora y Área Jurídico Contenciosa. De Lorenzo Abogados