

Aspectos éticos y legales en la adolescencia. Del menor maduro al adulto autónomo

M. Vieito Villar. Abogado especialista en Derecho Sanitario y Derecho anti-discriminatorio. Vocal del Consello de Bioética de Galicia. Vocal del Comité de Ética Asistencial del Área Sanitaria de Lugo, A Mariña e Monforte de Lemos, Lugo.

Resumen

Es nuestra intención con el presente taller, ofrecer una visión de conjunto y general sobre la autonomía decisoria de las personas menores de edad, en un contexto de decisiones de salud. Se trata de un área con recientes modificaciones legislativas que, en términos generales, han pasado desapercibidas para buena parte de la profesión sanitaria. En relación con el Derecho aplicable, sostendremos que no solo es "posible" el consentimiento con independencia de la edad objetiva del paciente, sino que se trata del régimen general (la regla, no la excepción); contrario a la aplicación, de facto, de una mayoría de edad sanitaria indisolublemente unida a los 16 años cumplidos.

Palabras clave: *Consentimiento informado; Autonomía sanitaria; Menor de edad; Toma de decisiones.*

Abstract

It is our intention with this workshop, to offer an overall and general view of the decision-making autonomy of minors, in a context of health decisions. This is an area with recent legislative changes that, in general terms, have gone unnoticed by a large part of the health professionals. In relation to the applicable law, we will maintain that not only is consent "possible" regardless of the objective age of the patient, but that it is the general regime (the rule, not the exception); contrary to the application, de facto, of a health age of majority indissolubly linked to 16 years of age.

Key words: *Informed consent; Health autonomy; Minor; Decision making.*

Introducción: la mayoría de edad y la "mayoría de edad sanitaria"

La mayoría de edad, entendiendo por esta la frontera objetiva que supone para la persona la asunción de buena parte del ejercicio autónomo de los derechos subjetivos, ha tenido una comprensión dispar en el conjunto de nuestra sociedad, y específicamente en la profesión sanitaria.

Verificamos como, para buena parte de las personas legas, los 18 años cumplidos parecen suponer un muro infranqueable, una suerte de frontera absoluta que, a un lado, permite la toma de decisiones autónoma, abre a la escucha activa y el diálogo interpersonal con el ayer menor, y desvanece la sombra de cualquier duda sobre capacidad. El que tiene 18 años puede decidir, mientras que el que no los tiene carece de este poder, y, en esta visión, de cualquier otro siquiera remotamente conectado.

En concreto, parece haberse elevado a hito inmóvil el artículo 246 del Código Civil:

- *El mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.*

La mayoría de edad ha tenido una comprensión dispar en el conjunto de nuestra sociedad

Para buena parte de las personas legas, los 18 años cumplidos parecen suponer un muro infranqueable

El plantel de la salud ha venido realizando su propia adaptación de este enfoque que llamaremos “objetivista”, a través de la figura del “menor maduro” y su identificación indisoluble con los 16 años cumplidos

Por su parte, el plantel de la salud ha venido realizando su propia adaptación de este enfoque que llamaremos “objetivista”, a través de la figura del “menor maduro” y su identificación indisoluble con los 16 años cumplidos. Ha llegado incluso a conocerse este momento como una (mal llamada) “mayoría de edad sanitaria”.

La lectura dada a las normas ha sido y sigue siendo similar a la siguiente: el mayor de edad (tenga 18 en la vida civil, o 16 en la sanitaria) puede realizar todos los actos, mientras el menor no puede realizar ninguno.

Es así que en la casuística médico-legal en relación a pacientes, así como en el apoyo y asesoramiento a personas menores de edad no sea extraño el posicionamiento médico que exige, siempre y en todo caso, la firma del consentimiento informado por parte de las personas titulares de la patria potestad con independencia de la edad del menor. Dentro de este supuesto, además, se demanda la firma de todas ellas (padre y madre conjuntamente), con independencia de la naturaleza de la decisión clínica a tomar e ignorando cualquier advertencia sobre sentencias, por ejemplo, de atribución exclusiva de la patria potestad a uno de los progenitores.

La mayoría de edad como concepto cambiante

La consideración arbitraria de los 18 años como límite objetivo que marca la capacidad o falta de ella para decidir ni siquiera ha sido históricamente una constante

La consideración arbitraria de los 18 años como límite objetivo que marca la capacidad o falta de ella para decidir ni siquiera ha sido históricamente una constante. Mencionemos únicamente en este punto que la mayoría de edad eran los 23 años cumplidos cuando nació el Código Civil, allá por 1889, y eran los 21 años cumplidos en la reforma del mismo acaecida en 1972. Solamente pasarían a ser 18 en una nueva modificación ya en 1978.

Desde entonces se han aprobado modificaciones de las normas civiles tendentes a reconocer capacidad decisoria plena a personas por debajo de los 18 años, haciendo que, a día de hoy y como sostendremos a lo largo de este trabajo, sean pocas las esferas donde los 18 años marcan realmente una frontera; y siendo que el escenario sanitario, adelantamos ya, no es una de ellas.

Son numerosos los ejemplos en el Código Civil, y fuera de este, que subvierten esta regla inmutable de los 18 años como un todo:

- La edad para poder adoptar son los 25 años, y no los 18 (art. 175.1 del Código Civil).
- La ley que regula el derecho al honor y la intimidad personal¹ recoge en su artículo 3 que será el menor quien consienta [las posibles intromisiones en estos derechos], “si sus condiciones de madurez lo permiten”; esto es, sin exigencia de un límite objetivo de edad específico.
- Las personas con 14 años cumplidos pueden hacer válidamente testamento (art. 663.1º del Código Civil).
- El permiso de conducción AM, que puede obtenerse desde los 15 años, faculta para conducir determinado tipo de ciclomotores.

La DGT reconoce un total de 4 licencias diferentes para conducción por debajo de los 18 años².

- Los menores de edad son responsables penalmente por los delitos cometidos desde los 14 años (art. 1.1 de la conocida como Ley Penal del Menor³).
- La denominada “edad de consentimiento sexual” son hoy los 16 años en nuestro país (art. 181 del Código Penal⁴), pero hasta 2015 fueron los 13 años.

Nótese que son los 14 en países como Alemania, Italia, Portugal, Austria o Hungría; o los 15 en Francia, Suecia o Dinamarca⁵.

¹Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

²Cfr. Espacio web “Los menores también conducen” de la Dirección General de Tráfico.

Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://revista.dgt.es/es/reportajes/2022/06JUNIO/0629-Permisos-menores-edad.shtml>.

³Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁴Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal.

El Derecho y la capacidad como sistema complejo

En contraposición a lo que venimos mencionando, el profesional del Derecho se aproxima a la capacidad decisoria de un modo totalmente diferente: ni los 18 años son una barrera infranqueable que determine el todo o la nada; ni las personas menores de 18 años carecen de cualquier control sobre su vida.

Como primera llamada de atención corresponde advertir que la legislación civil no se agota en el Código y en su artículo 246 ya aludido. En tal sentido, la lectura aislada del mismo, sin considerar las normas concurrentes a la materia de estudio, supondría dibujar un cuadro incompleto y sesgado.

A modo únicamente de ejemplo y sin ser la siguiente una lista exhaustiva, cabría apuntar las siguientes normas de rango legal que pueden ser aplicables al régimen legal de personas menores de edad:

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Normativa estatal que habría de completarse incluso con los distintos Ordenamientos Jurídicos autonómicos. Citando solo a modo de ejemplo el gallego, más cercano para quien escribe, podrían citarse:

- Ley 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y el tratamiento integral da violencia de género.
- Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.
- Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa.
- Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia.
- Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales.

A estas normas habría que añadir incluso las resoluciones de nuestro Juzgados y Tribunales, que a lo largo de los años han ido perfilando los detalles de la capacidad decisoria de las personas⁶. Incluso podríamos incluir, a efecto interpretativo, otros textos como las Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado⁷.

Es decir, el sistema jurídico-civil aplicable a la capacidad de las personas se nutre de una lista importante de cuerpos legislativos más o menos complejos, y cuya comprensión puede escapar, como es perfectamente comprensible, a una persona ajena al ámbito jurídico.

Ni los 18 años son una barrera infranqueable que determine el todo o la nada; ni las personas menores de 18 años carecen de cualquier control sobre su vida

El sistema jurídico-civil aplicable a la capacidad de las personas se nutre de una lista importante de cuerpos legislativos más o menos complejos, y cuya comprensión puede escapar, como es perfectamente comprensible, a una persona ajena al ámbito jurídico

⁶Mencionando, a modo de ejemplo:

- Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio (sobre transfusión de hemoderivados a menor de edad Testigo de Jehová).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1158/2021, de 25 de marzo (sobre responsabilidad de los menores por deudas con la Administración Tributaria).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio (sobre menores de edad a identidad sexual).

⁷Entre otras, destacando las siguientes:

- Circular 1/2012, de 3 de octubre, 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.
- Circular 2/2016, de 24 de junio, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.
- Instrucción 1/2022, de 19 de enero, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad.

La “mayoría de edad sanitaria”. El (posible) origen del error

Como hemos mencionado, en este marco general de incompreensión parcial del sistema de capacidad de las personas, se enmarca una concepción peculiar del consentimiento en materia sanitaria, especialmente de los menores de edad, por parte de los profesionales de salud.

El origen de esta confusión se antoja pudiera ser una lectura aislada de los siguientes incisos de la Ley que regula el consentimiento informado⁸:

- 3. *Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:*
 - a) *Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*
 - b) *Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.*
 - c) *Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.*
- 4. *Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”.

Sintetizando el inciso 3º, obtendríamos que es el paciente quien decide, sin tercero que consienta en su lugar, en caso de que sea capaz de comprender el alcance de la intervención en salud. En concreto, para el caso de personas menores de edad, serán capaces para decidir cuando “no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”. Y si el artículo hubiese finalizado en ese punto, a buen seguro este trabajo no sería necesario.

Hasta ese momento la norma nos habla de dos elementos esenciales: capacidad e individualización. El primero de ellos, en relación a la habilidad y aptitud subjetiva de comprensión de la información clínica; y el segundo operando como marco para el primero, de tal modo que es la situación clínica de que se trate la que determinará el examen de capacidad.

No obstante, la deficitaria redacción del 4º epígrafe, y dentro de este, una cifra objetiva de edad (los 16 años), origina disrupción y confusión.

El inciso 4º, que resulta aplicable solamente a mayores de 16 años, nos dice que en caso de que sean capaces de comprender la información, no hay consentimiento por terceros; operando como una suerte de presunción, o un indicio; como una particularización de la regla general ya explicada en el punto anterior. Es decir, no nos dice que por debajo de los 16 no se pueda consentir autónomamente, sino que nos reafirma que sobre los 16 el consentimiento por representación también tiene condicionantes⁹.

Elementos para una interpretación “subjetivista” del consentimiento

Siendo que es nuestra intención el convencer al lector sobre la autonomía decisoria por debajo de los 16 años en ámbito sanitario, corresponde a nuestra responsabilidad acercar argumentos suficientes que apoyen este modo de ver la materia.

En primer término cabe citar las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de marzo de 1989 y de 14 de mayo de 2010:

⁸Ley 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.

⁹En un sentido similar, Vid. DEL CAMPO: “Mientras este artículo 9.4 resulta de aplicación para los emancipados y menores de edad mayores de dieciséis años, el artículo 9.3.c está pensando en el menor cuya edad es inferior a los dieciséis años”.

Es el paciente quien decide, sin tercero que consienta en su lugar, en caso de que sea capaz de comprender el alcance de la intervención en salud

La norma nos habla de dos elementos esenciales: capacidad e individualización

No nos dice que por debajo de los 16 no se pueda consentir autónomamente, sino que nos reafirma que sobre los 16 el consentimiento por representación también tiene condicionantes

- “no existe una norma que, de forma expresa, declare la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquí para actuar por sí mismo; y no cabe derivar esa incapacidad para obrar ni del art. 322 CC en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados”.
- “(...) Si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esa edad habría de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1,3 y 5 del Código Civil) y no por el recurso a una regla general incapacidad que además no se aviene con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad”.

Nos acercan estas dos resoluciones a uno de los puntos de anclaje de la capacidad en el ámbito jurídico, y fundamento de cualquier comprensión ulterior del sistema: la capacidad de las personas se presume; y los obstáculos a esta capacidad son pues los elementos que, quien pretenda hacerlos valer, debe probar.

Vemos pues como, desde hace más de 20 años nuestro Derecho clama a la individualización de la decisión en aras a evaluar capacidades. En caso de que, para una decisión concreta, un menor no fuese considerado capaz, habremos pues de argumentar el motivo, no considerándose adecuada una “regla general de incapacidad” en la minoría de edad.

En segundo lugar, y si acaso resonase como lejana del ámbito sanitario la reflexión anterior, debemos traer aquí la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2012, que como vemos cumple ya 10 años:

- “La edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo recibido condicionan decisivamente la evolución de la capacidad del menor para formarse una opinión propia. Por ese motivo, se impone siempre una evaluación individualizada y tanto más exhaustiva cuanto más joven sea el paciente - caso por caso de las opiniones y deseos expresados, y por ende, del grado de madurez de cada menor”-.

Se trata de una reflexión específica del campo sanitario, y en concreto en sede de transfusión de hemoderivados a menores de edad. Esto es, la Fiscalía nos habla no de la autonomía de menores, en términos generales, sino de la capacidad para tomar decisiones en el ámbito sanitario y asistencial.

No es pues la edad objetiva lo que nos puede hacer delimitar capacidades, siendo el criterio de capacidad para comprender el que debe primar. Y no uno general, sino como veíamos con anterioridad, en función de la decisión concreta a abordar¹⁰.

Por último, y únicamente como nota argumental final, corresponde recoger que las personas titulares de la patria potestad no representan a sus hijos en relación a aquellos derechos personalísimos que puedan ejercer por sí¹¹; y que el consentimiento informado, que constituye según nuestra jurisprudencia un verdadero Derecho Fundamental¹², es uno de estos derechos personalísimos.

Como apoyo a esta última cuestión, la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo apunta:

- “Desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”.

¹⁰En el mismo sentido, cabría mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, que resuelve cuestión de inconstitucionalidad 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.

En esta, se declara inconstitucional excluir a las personas trans menores de edad del cambio registral, permitiéndose este en situaciones de madurez, estabilidad y persistencia; esto es, prescindiendo de límites objetivos de edad.

¹¹Cfr. art. 162.1º del Código Civil.

¹²Entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo.

No existe una norma que, de forma expresa, declare la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito civil

Si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esa edad habría de atenderse a la actuación concreta

La edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño

Se impone siempre una evaluación individualizada

Los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales

El interés superior del menor como marco decisional

Aún en los casos en que el menor no decida por sí, en todo caso debe ser informado

Que una persona menor de edad pueda decidir potencialmente, no implica, necesariamente, que todas las personas menores de edad puedan hacerlo. Como hemos manifestado, serán criterios como la madurez o la capacidad de manejo y comprensión de la información, los factores a analizar a la hora de determinar que una persona menor es o no capaz.

Mas sí es preciso mantener en consideración que, aún en los casos en que el menor no decida por sí, en todo caso debe ser informado, en la medida de sus posibilidades de comprensión y de un modo ajustado a las mismas. Así lo exige la normativa que hemos recogido, y especialmente la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Esta se convierte en particularmente relevante pues transcribe a nuestro derecho una institución clave para entender el consentimiento sobre un menor cuando este no lo toma: el interés superior del menor.

Así, cuando sean los titulares de su patria potestad quienes decidan, o cuando lo haga el equipo asistencial, los criterios que guíen esta decisión no habrán de ser los propios, sino los del menor. Sirva como ilustración y apoyo el artículo 2.1 de la norma aludida:

- “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

Como vemos de inmediato “todo menor” tiene derecho a que su interés se valore; es decir, con independencia de su edad e incluso de su capacidad de comprensión. De este modo, criterios como la protección de las necesidades emocionales del menor, la consideración a sus sentimientos u opiniones, su derecho a participar o la preservación de sus convicciones deben guiar las decisiones por representación.

Estos criterios deben ponderarse en función de factores como la madurez del menor, la igualdad y no discriminación, la minimización de riesgos o la preparación del tránsito a la edad adulta; todos ellos, dice la norma “de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

Conclusión

Como hemos sostenido a lo largo de la presentación/resumen de este taller, la capacidad decisoria es posible por debajo de los 16 años en un contexto sanitario.

La interpretación monolítica que considera una decisión en mayoría de edad sanitaria, y rechaza la autonomía por debajo de esta edad, no es, en nuestro parecer, una visión que se cohoneste con el Ordenamiento Jurídico aplicable.

Es pues nuestra intención en el taller hacer repaso comprensivo de los argumentos expuestos, incluso añadiendo alguno adicional; para posteriormente ofrecer herramientas que ayuden al profesional de salud a guiarse en la toma de decisiones compartida con una persona menor de edad, sea decidiendo esta (trabajaremos el “como” se debe medir la capacidad de comprensión), o cuando son sus representantes legales quienes deciden (analizando los poderes de la patria potestad y de las figuras de apoyo).

Bibliografía

- Blasco Igual MC. El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria. *Revista de Bioética y Derecho*; (35): 32-42.
- Del Campo Álvarez B. El consentimiento informado de los menores. *Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002. Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2018 feb; (8): 213-219.
- Die Badolato F. El consentimiento informado en el menor de edad en España: mayoría de edad, representación y teorías determinantes de la minoría de edad. *Cuadernos de medicina forense*. 2016 Dic ; 22(3-4): 106-112.
- Markova Ivanova A. S. El derecho de autodeterminación del menor maduro en el ámbito de la salud. *Bioderecho*. 2018; (6): 28.
- Moure González E. El consentimiento informado como derecho fundamental. *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo. La Ley*. 2012; (7912).
- Vieito Villar M. Derecho a no saber y privilegio terapéutico de menores de edad en patología de base genética. *Bioderecho*. 2019; (7):13.