

LA CAPACIDAD, DECISIÓN Y DERECHOS DEL MENOR DE EDAD EN EL CONTEXTO SANITARIO

CAPACITY, DECISION AND RIGHTS OF THE MINOR PATIENTS IN THE HEALTH CONTEXT.
A CAPACIDADE, DECISÃO E DIREITOS DO MENOR DE IDADE NO CONTEXTO SANITÁRIO.

Juan Manuel Alba Bermúdez¹

Fecha de recepción: 30.06.2019

Fecha de aceptación: 06.11.2019

Resumen

El propósito fundamental del estudio es valorar si realmente un menor de edad tiene capacidad suficiente para tomar decisiones personales en el ámbito sanitario. La situación se torna compleja cuando un menor de edad por diversos y variados motivos declina un tratamiento médico al entender, según su parecer, que el procedimiento atenta a su ideario. Ante dicha disyuntiva, cada vez más común en los centros hospitalarios, analizaremos el derecho sustantivo y procesal que asiste a los pacientes menores de edad. De igual forma, citaremos parte de la abundante jurisprudencia española en relación tanto a la capacidad como a los derechos ampliamente reconocidos a los pacientes menores de edad.

Palabras claves: Derechos, menor, salud, bioética y toma de decisión.

Abstract

The primary purpose of the study is to assess whether a minor really has sufficient capacity to make its own decisions in the health field. The situation becomes complex when a minor, for various and varied reasons, refuses to undergo medical treatment on the basis of his or her opinion that the procedure is attentive to his or her ideas. Faced with this dilemma, which is becoming increasingly common in hospitals, we will analyse the substantive and procedural law that assists minor patients. Similarly we will cite part of the abundant Spanish jurisprudence regarding both the capacity and the rights recognized to minor patients.

Keywords: Rights, minor, health, bioethics, practice and making decisions.

¹Profesor titular e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad De Las Américas. Doctor en Derecho (Ph.D) por la UNED de Madrid. Máster en Derechos Fundamentales con especialidad en Bioderecho por la UNED. Licenciado en Derecho en la Universidad de Cádiz (España). Máster en Prácticas Jurídicas y Ejercicio de la Abogacía, con especialidad en Derecho Matrimonial. Abogado en el Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz y Sevilla. Estudios de Derechos Humanos en la Université Catholique de Lyon (Francia). Abogado asesor en *Parra&Cía Abogados* - Chiclana de la Frontera (Cádiz); correo electrónico: juanmanuel.alba@udla.edu.ec

1. INTRODUCCIÓN

Cuando un menor de edad acude a un centro hospitalario en busca de asistencia sanitaria la atención médica no varía mucho en relación con la de un paciente mayor de edad. No obstante, desde el prisma legal la situación difiere sustancialmente de una persona adulta plenamente capaz a la de un menor de edad, y todo ello, aún cuando ambos padezcan las mismas dolencias.

Como punto de partida, cuando se analiza los derechos del menor de edad en el ámbito sanitario resulta más complejo que al departir de una persona adulta plenamente capaz de tomar sus propias decisiones, ya que se trata de personas especialmente protegidas por el Estado. Precisamente, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, aclaró en 2013 que el «interés superior del niño» es un concepto triple al abarcar 1) un derecho sustantivo; 2) un principio jurídico interpretativo fundamental; y, 3) una norma de procedimiento. A raíz de ello, los Estados partes en la Convención deben legislar con relación al interés superior del niño y garantizarlo, en particular la decisiones judiciales y administrativas, al tratarse de un tema en constante evolución².

Por lo citado, y según la norma jurídica internacional con el término “niño” nos referimos a toda persona menor de dieciocho años³. No obstante, con el propósito de evitar confusiones e imprecisiones hemos de aclarar que el vocablo “niño” no es exactamente sinónimo de “menor” ni viceversa, pues según las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)⁴ se concibe la noción de “menor” a jóvenes de edades muy dispares que van desde los 7

²Convención sobre los Derechos del Niño. Observación general Nº14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

³La Convención de los Derenco del Niño hace alusión a “todas las personas menores de 18 años sujetas a la jurisdicción de un Estado parte, sin discriminación alguna”. La Carta Africana Sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, de 11 de julio de 1999, en su artículo 2, establece: “A efectos de la presente Carta, se entenderá por niño todo ser humano menor de dieciocho años”.

⁴ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

años hasta los 18 años o más⁵. Asimismo, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad⁶, define “menor” como: “toda persona de menos de 18 años de edad”, como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos⁷. Ahora bien, no podemos olvidar en algunos países la mayoría de edad se adquiere a los 19 años (Corea del Sur, los Estados de Nebraska y Alabama)⁸; 20 años (Japón y Tailandia)⁹, o incluso 21 (Puerto Rico, Honduras o el Estado de Mississippi)¹⁰, entre otros.

2. DERECHOS DEL MENOR DE EDAD

2.1. Normativa internacional

Los derechos de la infancia están íntimamente relacionados con la evolución alcanzada en los derechos humanos y sociales. Así pues, a finales del siglo veinte se empieza a reconocer una falta de regulación en las necesidades de la infancia, entre ellos, los derechos de todos los niños, simplemente por el mero hecho de serlos y no por un sentido de misericordia. Asimismo, en el ámbito internacional es posible destacar dos hitos importantes que sirvieron de antecedentes, para conocerlos nos tenemos que remontar a los años posteriores a la II Guerra Mundial. Es el momento en el cual surgen los primeros movimientos en defensa de los derechos de los niños con el

⁵ El amplio margen obedece a la diversidad de sistemas jurídicos nacionales, tanto más cuando que no restringe los efectos de las Reglas mínimas (regla 2.2). De igual forma, el alcance de las reglas y definiciones utilizadas, 2. 2ª) menciona que “menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto”. Por ende, los menores comprende a las personas que pueden ser juzgadas y procesadas por un sistema de justicia de menores.

⁶ Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, 68ª sesión plenaria.

⁷ Mencionaremos: Alemania (art.38.2 Constitución); Francia (art. 388 C.C), Bélgica (art. 343); Inglaterra (Family Law Reform Act 1969); Suiza (art. 136 Constitución); Irlanda (4.3a Age of Majority Act, 1985).

⁸ Corea del Sur (제4조 (성년, art. 4 Código Civil) Estado de Nebraska (Nebraska Revised Statutes Chapter 43. Infants and Juveniles § 43-21019. Estado de Alabama (Alabama Code Title 25. Infants and Incompetents § 26-1-1).

⁹ Japón (第四条 年齢二十歳をもって、成年とする, art. 4 Código Civil).

Tailandia (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา๑๘ บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุซึ่งสืบปีบริบูรณ์, art. 19 Código Civil y Comercial).

¹⁰ Estado de Mississippi (Mississippi Code Title 1. Laws and Statutes § 1-3-27. “minor” defined; Puerto Rico (art. 247 del Código Civil, 31 LPRA 971); Honduras (art. 102 Código Civil).

propósito de mitigar los daños sufridos tanto en la guerra como en la postguerra y así, trabajar todos los gobiernos de manera conjunta por un futuro esperanzador. Es así, como surge la primera *Declaración de los Derechos del Niño* (Declaración de Ginebra)¹¹. Corriendo el tiempo, las Naciones Unidas aprueba en en 1959 la *Declaración de los Derechos del Niño*¹², con el ánimo de otorgar mayor protección a los niños y garantizar el ejercicio de sus derechos a nivel mundial. La mencionada Declaración establece diez principios, que en el tema que nos ocupa mencionaremos los siguientes:

- El derecho a la igualdad, sin discriminación de raza, religión o nacionalidad;
- El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.
- Servicios médicos adecuados y tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
- Derecho a la comprensión;
- Derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia;
- Derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

A pesar de ello, y dada la necesidad de obtener un instrumento jurídico de carácter internacional, coercitivo y especialmente vinculante para los Estados partes, tiene su origen la *Convención sobre los Derechos del Niño*, ratificada por la Asamblea General

¹¹ Ratificado en Ginebra el 26 de septiembre de 1924, en el seno de la Asamblea Internacional de la Liga de las Naciones. La fundamentación de la Declaración es iniciativa de la maestra Eglantyne Jebb, Presidenta de la fundación *Save the Children Fund*. LIEBEL, Manfred, *Infancia y Derechos Humanos hacia una ciudadanía participante y protagonista* – IFEJANT, Lima, p.27.

¹² Declaración de los Derechos del Niño, Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 1388 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

En febrero de 1946, dentro del marco del Consejo Económico y Social, de una Comisión provisional de Asuntos Sociales compuesta por países europeos y de Sudamérica continúan los trabajos emprendidos originariamente por las Naciones Unidas sobre protección a la infancia. REVETLLAT, Isaac, “El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en derecho civil chileno”, *Revista chilena de derecho*, Vol.42, 3, 2015.

de la ONU en 1989¹³. De esta manera, se convierte en el tratado internacional con mayor cantidad de ratificaciones del mundo ya que todos los países, excepto los Estados Unidos¹⁴, lo han ratificado. Con ello se demuestra el grado de compromiso, aceptación y vinculación que adquiere la protección de los derechos del niño contenida en la Convención. Entre los derechos reconocidos citaremos aquellos que otorgan un mayor grado de decisión del menor en el contexto sanitario:

- Derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez (art. 12.2);
- Oportunidad de ser escuchado...que afecte al niño (art.12.3);
- Libertad de expresión, incluirá la libertad de buscar, recibir, difundir informaciones e ideales de todo tipo ... y a que sea oralmente (art. 13);
- Que los Estados respeten el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y profesar la propia religión o las propias creencias (art. 14.3);
- Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales...ni ataques ilegales a su honra y a su reputación (art. 16);
- Disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24);
- Intima a los Estados a “proteger al niño” (art. 34).

De igual forma, los principales instrumentos internacionales ratificados por España en relación la minoría de edad son:

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos; El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;*

¹³ Adoptada y abierta a la firma, ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entra en vigor el 2 de septiembre de 1990. Ratificado por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE de 31 de diciembre). MONTERO HERRÁNZ, Tomás, La justicia penal juvenil en España: legislación y jurisprudencia constitucional - Editorial club universitario, Madrid, 2007, p. 361.

¹⁴ Fuente: UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (United Nations Children’s Fund). Recuperado el 12 de agosto de 2019, en: <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>

La *Carta Social Europea*, realizada en Turín, de 18 de octubre de 1961; *La Convención sobre los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989; *Carta Europea de los Derechos del Niño*, de 21 de septiembre de 1992, del Parlamento Europeo; *El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, hecha en La Haya el 29 de mayo de 1993; *El Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños*, hecho en Estrasburgo, el 25 de enero de 1996; *El Convenio de la Haya*, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; *El Reglamento [CE] nº 2201/2003* del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; *La Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*, de 13 de diciembre de 2006; *El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007; *El Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores*, hecha en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008; *El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica*, hecha en Estambul el 11 de mayo de 2011; *Directiva 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*; *Recomendación de la Comisión* de 20 de febrero de 2013. *Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas*.

2.2. Estatal

A nivel estatal la Carta Magna establece en su artículo 39, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la

familia, en especial a los menores de edad, al igual que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En cumplimiento de dicho mandato, el legislador español, de acuerdo en sus competencias ha regulado las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se instituyen la protección del menor.

A raíz de lo citado, surge la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil, que garantiza a los menores una protección en todo el territorio del Estado en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores. Debido a los numerosos cambios sociales y con un efectivo cumplimiento constitucional del artículo 39, se produjeron varias recomendaciones de diversas instituciones entre ellas, las del «Centro de Protección con Trastornos de Conducta y en situaciones de Dificultad Social», en 2009; «Estudios sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia del año 2014» del Defensor del Pueblo. Por otro lado la Fiscalía General del Estado pronunció sus recomendaciones en la Memoria del año 2010, entre otros, al igual, que varios convenios internacionales que exigían una mejor regulación normativa. En su origen, la mencionada Ley pretende propiciar un marco jurídico uniforme en todo el territorio nacional español.

Por lo mencionado, se aprueba la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de *modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, cuyo objeto principal es introducir varios cambios jurídicos-procesales y sustantivos. Entre ellos, reforzar el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, criterios aceptados y valorados universalmente. El artículo 2 establece que:

“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en toda las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado [...] las limitaciones de la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

Por lo que se refiere al propósito de interpretar y aplicar el interés superior del menor se tendrá en cuenta, “la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”. Al igual, que “la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones... así como la no discriminación del mismo por éstas [...] garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”. En otras palabras, se tendrá en cuenta, la edad y madurez del menor, la preparación del tránsito a la edad adulta e independencia, de acuerdo con las capacidades y circunstancias personales del menor. Tal como, el derecho a ser informado, oído y escuchado, y a participar activamente en el proceso según la norma vigente.

En la misma línea, el artículo 9, de la citada ley tiene una especial importancia en el contexto sanitario al establecer:

“El menor tiene derecho a ser oído y escuchados 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 síntesis, el derecho a ser escuchado no es un acto de compasión del personal médico hacia el menor o una muestra de piedad, más bien, es una obligación que deben de cumplir en aras de garantizar y promover los derechos del menor. Para evitar conjeturas, la mencionada Ley establece que un menor tiene suficiente madurez cuando tenga **doce años** cumplidos (art. 9.2).

De esta manera tan específica se garantiza el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado, cumpliendo así lo establecido en el Convenio del Consejo de

Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual¹⁵, al igual que los criterios recogidos en la Observación nº12 del Comité de Naciones Unidas de Derecho del Niño¹⁶, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Del mismo modo, el legislador español incorpora el termino “madurez” que sustituye al utilizado anteriormente, a saber, “juicio”.

2.3. Autonómicas¹⁷

Probablemente, la Comunidad Autónoma española con mayor interés en tutelar los derechos de los menores es **Andalucía**¹⁸. En su *II Plan de Infancia y Adolescencia 2016-2021*¹⁹, establece la corresponsabilidad de los poderes públicos, administraciones y ciudadanía en general, en el buen trato y bienestar de la infancia y adolescencia. Precisamente, el reciente Decreto 210/2018, de 28 de noviembre, por el que se regula el *procedimiento de situaciones de riesgo y desamparo de la infancia y adolescencia en Andalucía*, tiene como objeto regular un procedimiento unificado para la detección, notificación, valoración y registro en los que se constate o sospeche de la existencia de riesgos en los deberes de

¹⁵ Realizado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, y firmado por España el 12 de marzo de 2009. Publicado en el BOE el 12 de noviembre de 2010.

¹⁶ 12 de junio de 2009.

¹⁷ Debido a las numerosas Comunidades Autónomas en España nos ceñiremos brevemente algunas de ellas.

¹⁸ En Andalucía encontramos las siguientes normativas en materia de menores: Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de desamparo, tutela y guarda del menor. Decreto 355/2003, de 16 de diciembre de acogimiento residencial de menores. Decreto 228/1999, de 15 noviembre por el que se regula el Consejo Andaluz de Asuntos del Menor. Decreto 237/1999, de 13 de diciembre por el que se regula el Consejo Regional y los Consejos Provinciales de la Infancia. Decreto 75/2001, de 13 de marzo por el que se regula el Observatorio del Infancia en Andalucía. Decreto 246/2005, de 8 de noviembre por el que se regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad. Decreto 415/2008, de 22 de julio por el que se garantiza a la población infantil menor de un año el derecho a la prestación farmacéutica gratuita del sistema sanitario público de Andalucía. Orden de 9 de noviembre de 2005, por la que se regula la cooperación entre la Consejería y las Entidades colaboradoras en acogimiento residencial de menores. Orden de 30 de julio del 2007, por la que se crea y regulan los premios Andaluza de Atención a la Infancia, modificada por la Orden 24 de junio de 2009 y la Orden 25 de julio de 2011.

¹⁹ Aprobado por el Consejo de Gobierno, mediante Acuerdo de 7 de junio de 2016.

protección de los menores. De igual forma, la Ley 1/1998, *de los derechos y atención al menor*, en materia de salud establece que los menores que sean atendidos en centros sanitarios, además de todos los derechos generales reconocidos, también tendrá derecho a “recibir una información adaptada a su edad, desarrollo mental, estado afectivo y psicológico, con respecto al tratamiento médico al que se les someta” (art.10.3). Igualmente, los menores tienen derecho a recibir la atención médica que precisen “en el máximo respeto a las creencias éticas, religiosas y culturales del menor y sus progenitores...” (art. 10.9). Para lograr lo mencionado, se reconoce en el artículo 14 el derecho a ser oídos, al promover la Administración Pública Andaluza dicho derecho en condiciones de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión.

Por otro lado, las Cortes de **Castilla-La Mancha**, aprobaron la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de *Protección Social y Jurídica de la Infancia y las Adolescencia*²⁰, cuyo objetivo es renovar su marco normativo y establecer las medidas efectivas para garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de los menores. Para ello, la Comunidad Autónoma garantiza el Derecho a la participación del menor para recoger sus opiniones con respecto a las decisiones que le afecte (art. 11). Así pues, las Administraciones Públicas garantizaran el derecho de los menores a ser oídos, de acuerdo con su edad y condiciones de madurez (art. 12.1). De igual forma, en relación al derecho a la protección de salud, se garantiza “recibir información sobre su salud y, en particular, sobre los procedimientos médicos a que sean sometidos, en un lenguaje adecuado a su edad, madurez y estado psicológico” (art. 13.a).

De manera parecida a las anteriores, la Comunidad Autónoma de **Cantabria**, en la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de *garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia*²¹, entre los derechos específicos de las personas menores en

²⁰ Diario Oficial de Castilla-La Mancha, año XXXIII, Núm. 201, de 17 de octubre de 2014.

²¹ BOE. Núm. 19, sábado 22 de enero de 2011.

materia de salud se encuentra el de “recibir información sobre su salud y, en particular, sobre los procedimientos médicos a que sean sometidos, en un lenguaje adecuado a su edad, madurez y estado psicológico”. Y para lograr lo anteriormente citado se establece el derecho de los menores a “ser oídos, independientemente de su edad... y participar en la toma de decisiones sobre su situación...” (art. 40.c).

Con respecto a la Comunidad Autónoma del **País Vasco**, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de *Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia*²², contempla en su artículo 9 que los niños y adolescentes tienen derecho a ser oídos en cuantas decisiones les incumben y a defender sus derechos. En la misma vertiente, el artículo 16 menciona que:

“Los niños, niñas y adolescentes, cuando tengan suficiente juicio, tienen derecho a ser oídos tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que se encuentren directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En todo caso, las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, velarán por que, en el ejercicio de este derecho, se respeten las necesarias condiciones de discreción, intimidad, seguridad, ausencia de presión y adecuación a la situación”.

La Ley 14/2010, de 27 de mayo, de *los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*, de la Comunidad Autónoma de **Cataluña**, establece la posibilidad a los niños y adolescentes a recibir información de su salud y la atención sanitaria que recibe, y a poder participar en su proceso asistencial de manera adecuada a su edad y grado de madurez. Un elemento llamativo lo encontramos en el artículo 44.e) “Recibir atención sanitaria adecuada a su nivel evolutivo, atendiendo tanto a los aspectos orgánicos como a los aspectos emocionales...” Por ende, los profesionales de la salud velarán por el derecho al acceso de información del menor, cuidando la forma y modos de transmisión de

²² BOE, Núm. 274, lunes 14 de noviembre de 2011.

dicha información, con el propósito de no agredir o perjudicar los sentimientos del menor.

Finalmente, terminaremos citando la normativa jurídica de **Aragón**, con la Ley 12/2001, de 2 de julio, *de la infancia y la adolescencia*²³, reconoce en su artículo 13 el derecho del menor a ser oído, al establecer literalmente que “los niños y los adolescentes tienen derecho a ser escuchados, de acuerdo con su edad y condiciones de madurez ... los menores serán escuchados en comparecencia realizada de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo ... pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de las personas que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio”.

Se puede comprobar que la protección del menor y el reconocimiento de sus derechos se encuentran garantizados en el territorio nacional, no solo por la normativa interna (estatal y autonómica)²⁴, sino también, por la comunitaria e internacional

3. JURISPRUDENCIA

Recientemente, el **Tribunal Constitucional** en la sentencia 9/5/2019²⁵ argumentó que:

“El derecho del menor a ser “oído y escuchado” forma así parte del estatuto jurídico indispensable de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, fj 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este

²³ BOA. Núm. 86, 20 de julio de 2001.

²⁴ En el Principado de **Asturias** el marco legal se fundamenta en la Ley de Protección del Menor 1/1995, de 27 de enero, que proporciona protección integral a los menores desprotegidos. No obstante, la reforma de la legislación de la infancia (Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia) supone que muchos preceptos de la Ley del menor del Principado de Asturias hayan sido derogados de manera tácita (Disposición derogatoria única de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). En la actualidad, queda pendiente la creación por el legislador asturiano las modificaciones y desarrollo a profundidad de un sistema jurídico eficaz de protección de la infancia.

²⁵ TC, Pleno, S de 9 de mayo de 2019. Nº de sentencia 64/2019 – Nº de Recurso: 3442/2018.

Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7, 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, 17/2006, de 30 de enero, FJ 5)".

Desde otra perspectiva, el **Tribunal Supremo**²⁶ ha sido muy claro y contundente al establecer el marco general comprendido en el artículo 162 del Código Civil que otorga a los menores la capacidad de realizar todos los actos relativos a sus derechos de personalidad en el momento que adquieran la suficiente madurez; e igualmente, a tenor de los artículos 152 CC, 2 y 9 LORJM se establece el derecho de los menores a "ser oídos y a que se tomen en consideración sus opiniones en función de su edad y grado de madurez..." En la misma línea argumentativa, la **Sala tercera del Tribunal Supremo**²⁷, considera que el menor de edad que tuviere suficiente juicio tiene derecho a ser oído en todo procedimiento judicial que este envuelto e implicado, y para lograrlo el Ministerio Fiscal velará por el cumplimiento de ese derecho, prestando al menor cualquier ayuda que necesite.

En cambio, la **Audiencia Provincial de Cádiz**²⁸, en sus Fundamentos reconoce el derecho del menor de edad a ser oído en los asuntos que le atañen. Para ello, alude a la tradición legislativa española preconstitucional al introducir la condición de sujetos de derechos a las personas menores de edad, y a ser escuchadas en las cuestiones que le afecta, pues en palabras del tribunal el «ser escuchado si tuviere suficiente juicio» es un concepto que "introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio de sus derechos. Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquellos que sean más adecuados

²⁶ TS, Sala Segunda, de lo Penal, S de 17 de diciembre de 2018.

²⁷ Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, S de 21 de julio de 2009.

²⁸ Sección 5ª, Sentencia de 17 julio de 2012, rec. 365/2012.

a la edad del sujeto”. Es aclaradora la fundamentación argüida por la **Audiencia Provincial de Jaén**²⁹ al entender que el hecho de que el menor deba ser oído en ningún momento significa que la voluntad deba imponerse, delegando en el menor la toma de la decisión.

Indudablemente, la sentencia con mayor repercusión en España es la del **Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio**³⁰. En dicha Sentencia, se eliminó cualquier tipo de duda referente a la toma de decisión del menor en su tratamiento médico. Frente a la presión de los medios de comunicación y variadas asociaciones, el alto tribunal en pleno ejercicio de las facultades que le corresponde reconoció nuevamente la libertad de decidir cómo *joven adulto*.

El Tribunal sostiene, que la negativa del menor a recibir una transfusión sanguínea se realizó de manera consciente, libre y sin presión alguna de sus padres, pues “la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación”, por lo cual, los médicos intentaron “convencer al menor para que la consintiera, cosa que no lograron”.

Es indiscutible que el comportamiento del menor y su nítida postura pone de manifiesto su elevado grado de madurez y comprensión de la realidad, o como el mismo tribunal señala tenía “unas convicciones y una consciencia en la que la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocida ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que le fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos”.

En efecto, se puede apreciar como el joven declinó la transfusión sanguínea por todos los medios posibles a su alcance, a pesar de la fuerte presión médica para doblegar su

²⁹ AP Jaén, Sección 1ª, S de 24 de enero de 2019.

³⁰ Dicha sentencia resolvió el recurso de amparo 3468/97, interpuesto por los padres del menor contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que los condenaba por un delito de homicidio. ARECES PIÑOL, Mª Teresa, El principio de laicidad en la jurisprudencia española y francesa, Vol. 6. Universitat de Lleida, 2003.

resolución. Es decir, el menor basándose en su conciencia educada en la biblia rechazó la transfusión de sangre, y así cumplir fielmente con el mandato bíblico del Apóstol Pablo a los cristianos del primer siglo de abstenerse de sangre (Hechos de Apóstoles capítulo 15 versículo 28 y 29)³¹. De tal manera, que la decisión del joven estaba bien fundada y además comprendía la gravedad de la situación, y, aun así, rechazó firmemente la transfusión de sangre a fin de obedecer a su Dios Jehová. En verdad, el joven deseaba ser un buen cristiano, no solo de palabras sino de hechos.

A este respecto, huelga decir, que el menor no deseaba morir. Más bien, todo lo contrario, pues acudió al centro hospitalario solicitando asistencia médica de calidad y un tratamiento alternativo al uso de la sangre³².

Por lo mencionado, el Tribunal sostiene que el menor es titular de la libertad religiosa, pues el genérico reconocido en el art. 16.1 CE, también “debe afirmarse que los menores de edad son titulares del derecho a la libertad religiosa y de culto”. De igual manera, la Ley Orgánica de libertad religiosa reconoce dicho derecho a “toda persona” sin excluir a nadie, ni tan siquiera a los menores. No cabe duda que “El menor expresó con claridad, en ejercicio de sus derechos a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de sus especial trascendida (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal-como distinto de derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 de la CE)”³³.

³¹ Otras citas bíblicas sostienen el rechazo a una transfusión de sangre, véase: Génesis 9:3,4; Levítico 17:11,12; Levítico 17:13-16.

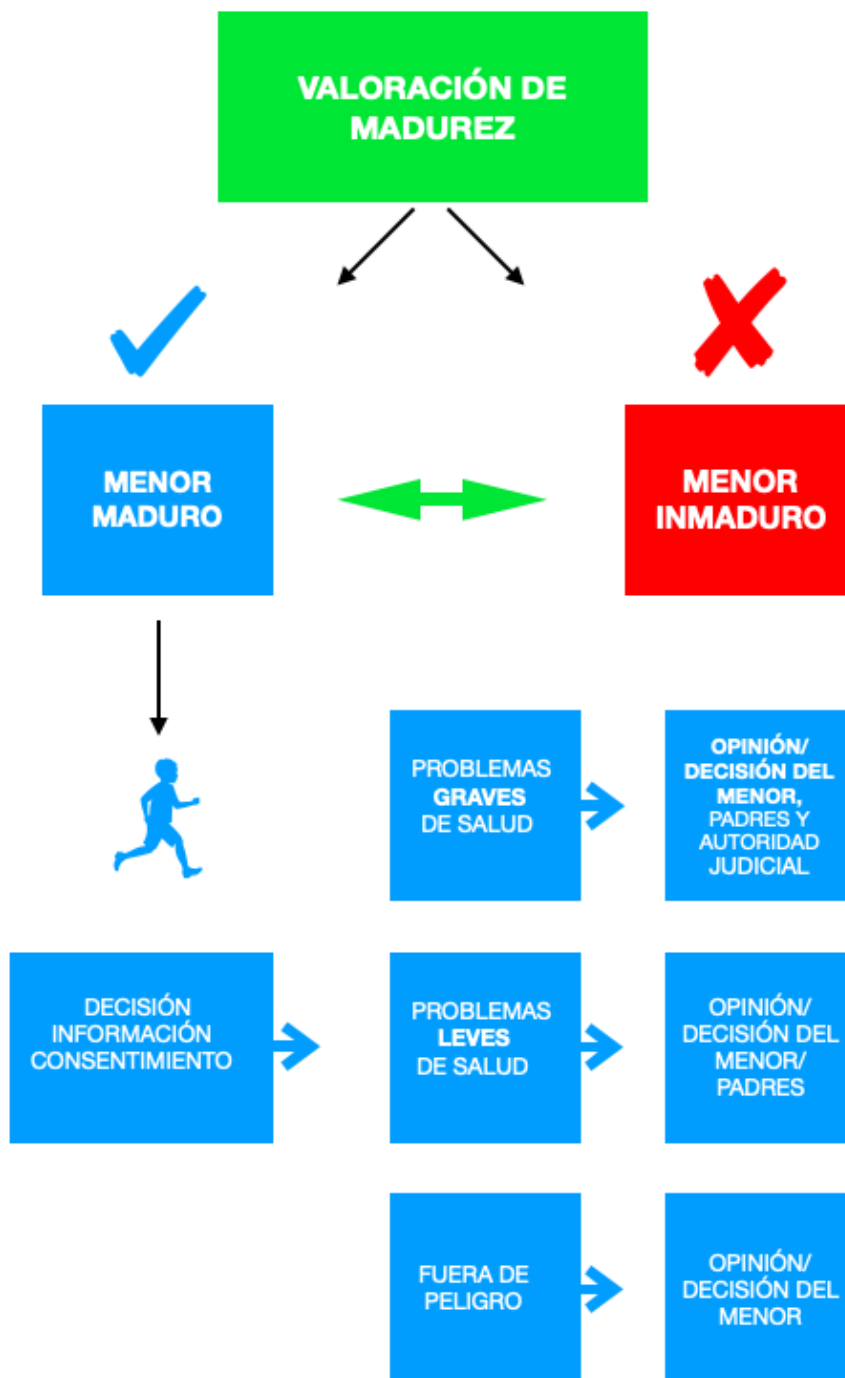
³² Existen innumerables técnicas médicas y quirúrgicas sin sangre, por ejemplo: Fluidos (lactato de Ringer, dextrán, almidón hidroxietílico,.. fármaco (eritropoyetina, plaquetas (interleuquina 11), glóbulos blancos (GM-CSF)... Adhesivos biológicos (selladores de fibrina, apósitos de colágeno y celulosa); Maquina recuperadora de sangre; instrumentos quirúrgicos, técnicas quirúrgicas, etc.

³³ STC 154/2002 de 18 de julio (BOE No. 188, de 7 de agosto de 2002, pp 51 y ss. DOMÍNGUEZ, Andrés, Derecho sanitario y responsabilidad médica, comentario a la ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica -Lex nova, Valladolid, 2007, p. 366.

4. ATENCIÓN MÉDICA AL MENOR DE EDAD

Todo *menor* o «joven paciente»³⁴ que objete un tratamiento médico será en primera instancia el facultativo médico quien tenga la responsabilidad (acompañada de la obligación) de determinar el *grado de madurez* del menor. Sobre la base de la guía del *Colegio de Médicos de Barcelona, de Asistencia de Menores, Adolescente y Malos Tratos*, recomendamos las siguientes pautas de actuación en la atención sanitaria a los menores:

³⁴ AMARILLA GUNDÍN, Manuel, *El menor maduro ante la salud reproductiva y la anticoncepción de emergencia* - Chiesi España, SA, Barcelona, 2004.



Lógicamente, queremos destacar en el presente artículo, y especialmente con el cuadro citado, que indubitablemente el médico es el responsable de la salud del paciente (menor de edad) pero, además, debe ser el garante y veedor de los derechos del menor. El médico se tiene que promover como defensor e impulsar acciones

cuando se suscite alguna de las siguientes situaciones, que cuestionan o pueden controvertir la decisión del menor:

- Los padres del menor abusan de su autoridad (patria potestad) que resulta en un detrimento de la salud del menor;
- El menor atenta contra sus propios intereses (menor inmaduro);
- Discrepancia de opiniones -razonamientos- entre el menor y los padres, que proponen una alternativa lesiva para el menor;
- Enfrentamiento entre los padres que utilizan la situación del menor con fines personales³⁵.

Ante las situaciones señaladas, el médico tratante deberá informar a las autoridades competentes (fiscalía o juzgado de guardia, según legislación) y comunicar «objetivamente» las circunstancias sin maximizar la situación a los funcionarios judiciales. Asimismo, notificar sin dilación la realidad al comité de bioética del centro hospitalario para que tercie previo a cualquier disposición legal.

Por lo cual, bajo nuestro criterio, el modelo autonomista (con las observaciones explicadas) es el más certero y, por ende, debería emplearse en la mayoría de los centros hospitalarios. Bien es cierto, que algunos pacientes (menores) no tendrán la madurez suficiente para tomar sus propias decisiones y en consecuencia, el médico deberá apoyarse en criterios paternos. Sin embargo, sostener que algunos jóvenes son inmaduros no inválida la decisión de otros jóvenes maduros; y como resultado estos últimos se vean privados de expresar sus deseos. Entendemos, que más gravoso y plúmbeo es silenciar la voz de un joven maduro que consultar a los padres de un joven inmaduro.

³⁵ Situaciones que requieren una especial atención del médico: SISO MARTÍN, Juan, "El médico, el paciente menor y los padres de éste: Un triángulo que debe ser amoroso." *Pediatría Atención Primaria*, Núm.11.44, 2009, pp. 685-693.

Lamentablemente, la mayoría de los centros hospitalarios, y más concretamente los médicos, desconocen cómo actuar frente a una objeción de un menor a un tratamiento médico. Muchos de manera deliberada pretenden omitir, anular o desacreditar la decisión del menor. Por ello, recomendamos que se adopten las siguientes medidas:

- 1.- Confidencialidad del estado de salud del menor, sus opiniones, deseos, solicitud, religión, ideología e inquietudes. El personal médico mantendrá el deber de guardar silencio al igual que actuarían ante un adulto.
- 2.- Evitar cualquier tipo de intimidación, coacción o presión hacia el menor.
- 3.- Promover la participación y decisión del menor en todo lo relacionado a su salud.
- 4.- Controlar el acceso de las personas que puedan comunicarse con el menor y en cierto modo incidir en su decisión, siempre y cuando el menor no autorice su entrada.
- 5.- Restringir la información del menor a personas no autorizadas y resulten irrelevantes en su estado de salud. Ejemplo: administrativo de hospital, enfermeros, personal de limpieza, etc...
- 6.- Respetar la decisión del menor establecidas en su consentimiento informado (verbal/escrito).

5. CONCLUSIONES

Como se puede apreciar la capacidad del menor en el contexto sanitario es un tema candente que exige mucha atención, delicadeza y especial cuidado normativo por parte del legislador, acompañada de una denodada atención individualizada por los profesionales de la salud. La falta de protocolos de actuación unida a la desinformación legal del personal médico origina innumerables violaciones a los derechos de los menores, que obviamente, ocasionan daños irreparables para ellos y sus familiares más cercanos.

La situación no se torna tan compleja de aplicarse la abundante legislación vigente que garantiza los derechos de los menores. La normativa española garantiza el derecho a la información, a ser oídos, y en la medida de lo posible, a participar activamente en todo aquello que fuere de interés para el menor. Y sinceramente, no creo que haya algo que requiera más interés que la propia salud.

En el presente estudio hemos comprobado que el respeto a los derechos del menor no es un acto de caridad o consideración hacia ellos, como si de una obra benéfica se tratase. Más bien, es un derecho reconocido y consagrado a nivel internacional, donde la jurisprudencia española de manera reiterada lo ampara y bajo ningún concepto se debe cuestionar o incumplir.

En momentos de aflicción el médico es un colaborador del paciente que actúa como garante y veedor de sus derechos. Es un compañero de viaje que hace el trayecto más agradable (esperanzador) mientras se recobre la salud, en otras palabras, una persona de confianza, un refugio, en la cual depositar las mayores expectativas.

Así, el protocolo de actuación médica recomendado solucionaría muchos de los problemas existentes alrededor de la capacidad del menor a tomar sus propias decisiones médicas, y debería de estudiarse como medida urgente a nivel ministerial para su puesta en práctica. En definitiva, no podemos obviar que los menores son titulares de derechos, incluidos los derechos fundamentales, y debemos garantizar su ejercicio en todas sus facetas incluidos en el ámbito sanitario. De ahí, que siempre, siempre y siempre, informemos a los menores de edad de su estado de salud, y luego, oiremos atentamente y dejemos que decidan el tratamiento médico deseado acorde a su grado de madurez; pues como decía ROUSSEAU el respeto es una conducta llena de justicia y misericordia³⁶.

³⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques, Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres – Calpe, Madrid, 1923, p. 6.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALBA BERMÚDEZ, Juan Manuel, "Derechos del paciente: especial referencia a la legislación ecuatoriana". Revista RDUNED, Núm.19, 2016, pp.493-510.

AMARILLA GUNDÍN, Manuel, El menor maduro ante la salud reproductiva y la anticoncepción de emergencia - Chiesi España, SA, Barcelona, 2004.

ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética* - Dykinson, Madrid, 2016, p. 271.

ARECES PIÑOL, M^a Teresa, El principio de laicidad en la jurisprudencia española y francesa, Vol. 6. Universitat de Lleida, 2003.

BANDRES MOYA, Fernando / DELGADO BUENO, Santiago, *Biomedicina y derecho sanitario* - Ademas Comunicación, Madrid, 2010, p.345.

BANDRÉS, Fernando, *Biomedicina y Derecho Sanitario*, Ademas, Madrid, 2009, p. 332.

CALLEJO OLMOS, Justo, *Preservación de la fertilidad en la paciente oncológica – Glosa*, Barcelona, 2009, p.194.

DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo, "Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana." *Anuario de filosofía del derecho*, Núm. 2, 2004, pp. 187-212.

DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. "La objeción de conciencia del farmacéutico: Una mirada crítica." *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, Núm. 6, 2010.

DE PALMA DE TESO, Ángles, Administraciones Públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados - INAP, Madrid, 2006, p. 79.

DOMÍNGUEZ, Andrés, Derecho sanitario y responsabilidad médica, comentario a la ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica -Lex nova, Valladolid, 2007, p. 366.

FEITO GRANDE, Lydia, Problemas bioéticos en el inicio de la vida: ingeniería genética y clonación", en *La bioética en la educación secundaria* - Secretaria General Técnica, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 2007, p. 209.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales - Lex nova, Valladolid, 2009, p.149.

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción / MARTÍNEZ GARCÍA, José María, Marketing sanitario evolución-revolución - ESIC-Business Marketing School, Madrid, 2014, p.135.

LIEBEL, Manfred, Infancia y Derechos Humanos hacia una ciudadanía participante y protagonista – IFEJANT, Lima, p.27.

MARCOS DEL CANO, Ana María, Y de nuevo la eutanasia una mirada nacional e internacional – Dykinson, Madrid.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad", Anuario de derecho civil, Núm. 45. Vol. 4, 1992, p.1409.

MARTÍNEZ MORÁN, Narciso, "La dignidad humana en las investigaciones biomédicas", Bioética y derechos humanos. Servicio de Publicaciones, 2011.

MÉRIDA, Salvador / IRANZO, Julio / JAREÑO, Enrique / CRESPO, Ángeles / ROMERO, Francisco, "Capacidad y madurez del menor: una visión desde la ciencia: Aproximación crítica a la teoría del menor maduro", *cuidados de Enfermería*, p. 127.

MONTERO HERRÁNZ, Tomás, *La justicia penal juvenil en España: legislación y jurisprudencia constitucional* - Editorial club universitario, Madrid, 2007, p. 361.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, "El menor maduro ante el derecho", *EIDON*, vol. 41, 2014.

OLLERO, Andrés, *Filosofía del Derecho* - Colección filosofía del derecho, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

PÉREZ-MADRID, Francisca, "El derecho a recibir el sacramento de la confirmación y el requisito de la preparación debida." *IUS CANONICUM*, XLIV, Núm. 87, 2004, p. 102.

REVETLLAT, Isaac, "El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en derecho civil chileno", *Revista chilena de derecho*, Vol.42, 3, 2015.

RODA Y RODA, Dionisio, "El interés del Menor en el Ejercicio de la Patria Potestad. El Derecho del Menor a ser oído", *Tesis doctoral: Universidad de Murcia*, 2013.

ROLDÁN FRANCO, M^a Angustias, *Madurez psicológica del menor para la toma de decisiones*, en *Infancia, publicidad y consumo III Jornadas sobre Derecho de los Menores*, coord. LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel / MAYORAL NARROS, Ignacio, (Ed.), *Universidad Pontificia Comillas, Madrid*, 2005, p. 104.

ROMEO CASABONA, Carlos María, "¿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*, Vol.2, 1998, pp. 327-358.

ROUSEAU, Jean Jacques, Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres – Calpe, Madrid, 1923, p. 6.

SÁNCHEZ, Francisco Jacob, "El menor maduro", Boletín de Pediatría, Vol. 45.193, 2005 1, pp. 56-160.

SISO MARTÍN, Juan, "El médico, el paciente menor y los padres de éste: Un triángulo que debe ser amoroso." Pediatría Atención Primaria, Núm.11.44, 2009, pp. 685-693.