

**TRABAJO FINAL DEL CURSO
ESPECIALISTA EN DERECHO SANITARIO Y
BIOÉTICA**

TITULO:

**LA MAYORÍA DE EDAD SANITARIA.
EXCEPCIONES Y ESTUDIO DE LAS
MISMAS.**

AUTORA: M^a PAZ RODRÍGUEZ MARTINEZ.
MURCIA 29 DE NOVIEMBRE DE 2005

GLOSARIO

RESUMEN

1.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR.

2.- LA MAYORIA DE EDAD EN LAS ACTUACIONES SANITARIAS.

REGLA GENERAL.

2.1.- Conclusiones.

3.- EXCEPCIONES A LA PROPIA MAYORÍA DE EDAD SANITARIA DE 16 AÑOS. ARTICULO 9.4.

3.1.- Ensayos Clínicos.

3.2.- Técnicas de reproducción asistida humana.

3.3.- Interrupción voluntaria del embarazo.

3.3.1.- Argumentos a favor de la mayoría de edad para la interrupción voluntaria del embarazo.

3.3.2.- Argumentos a favor de la capacidad de la menor madura para prestar consentimiento en este caso.

4.- OTRAS EXCEPCIONES NO CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 9.4 DE LA LEY 41/2002.

4.1.- Extracción y transplante de Órganos.

4.2.- Extracción y utilización de tejidos y sustancias corporales.

a.- Utilización clínica de tejidos humanos.

b.- La hemodonación.

4.3.- Cirugía transexual y esterilización.

4.4.- Donación y utilización de embriones y fetos humanos.

4.5.- Instrucciones previas.

5.- CONCLUSIONES.

6.- BIBLIOGRAFÍA.

7.- AGRADECIMIENTOS.

RESUMEN

TITULO: LA MAYORÍA DE EDAD SANITARIA. EXCEPCIONES. ESTUDIO DE LAS MISMAS.

OBJETIVOS: Determinar si la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información clínica (en adelante Ley 41/2002). ha fijado una mayoría de edad sanitaria en 16 años, frente a la general de 18 años. Analizar las excepciones a la propia mayoría de edad sanitaria de 16 años

MÉTODO: Analizar la Ley 41/2002, y las leyes reguladoras de ciertos actos jurídicos en el ámbito sanitario que la propia ley 41/2002 menciona, y otras no mencionadas expresamente, como son:

- Ley 30/1979, de 27 de Octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.
- Real Decreto 411/1996, de 1 de Marzo. Tejidos humanos. Regula las actividades relativas a la utilización clínica de tejidos humanos.
- Real Decreto 1088/2005 de 16 de Septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión.
- Cirugía transexual y esterilización. Código Penal, artículo 156.
- Instrucciones previas. Ley 41/2002. Artículo 11.

RESULTADOS:

1. Hay una mayoría de edad general para todos los actos jurídicos fijada en 18 años.
2. Hay una mayoría de edad propia de los actos sanitarios, fijada en 16 años.
3. Hay excepciones a esta última regla para ciertos actos sanitarios recogidas en el art. 9.4 de la ley 41/2002.
4. Hay excepciones de especial trascendencia, con regulación propia en otras leyes específicas.

1.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CAPACIDAD DE OBRAR.

En el texto de la *Constitución Española de 1978*, en el artículo 12 se dispone que *“Los españoles, son mayores de edad a los 18 años”*. Con ello culminó un proceso cuyos avances se producen con la Ley 31/1972 de 22 de Julio que modifica el artículo 320 del Código Civil para rebajar de 23 a 21 años la mayoría de edad; y en el Decreto-Ley 33/1978 de 16 de noviembre (poco tiempo antes de la celebración del referéndum para la ratificación de la propia Constitución) que rebajó a 18 años esa mayoría de edad general (edad que quedó definitivamente consagrada, como se ha dicho, en el artículo 12 de la Carta Magna y en el artículo 315 del Código Civil, como ley que regula **con carácter general la capacidad de obrar de las personas**).

Existe una segunda tendencia en la que, además de haber fijado la mayoría de edad en solo 18 años, contempla una etapa intermedia entre la mayoría y minoría de edad. Se denomina a esta etapa *“emancipación”*. Esta regulada en los artículos 314 a 324 *del Código Civil*. Concede plena capacidad de obrar salvo excepciones, a los menores de edad (*excepciones recogidas en el artículo 323 del Código Civil*).

La emancipación, no se consigue automáticamente, ni es una etapa por la que pase cualquier menor, sino solo si así lo conceden los padres, el juez o por matrimonio.

Pero aunque el menor no esté emancipado, el Código Civil va ampliando el ámbito de autonomía propia, es decir, el círculo de actos jurídicos que pueden realizar por sí mismos, sin necesidad de asistencia o representación de padres o representantes legales

En esta línea el artículo 162.1º del Código Civil, dispone que *“los hijos, no necesitan la representación legal de sus padres para el ejercicio de los derechos de la personalidad u otros que de acuerdo con las leyes y con las condiciones de su madurez puedan realizar por si mismos”* Se trata de la afirmación jurídica contundente de una evidencia: la capacidad de obrar, que refleja la madurez necesaria para entender el alcance de nuestros actos, se va adquiriendo, progresivamente.

En relación con los derechos de la personalidad, la LO. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, atiende igualmente a las "condiciones de madurez" del menor para admitir la validez de su consentimiento a la intromisión de terceros en estos derechos, y ello sin perjuicio de la intervención del Ministerio Fiscal cuando la defensa de sus intereses lo exija.

En la misma filosofía de respetar un ámbito de autonomía propia de los adolescentes o de menores maduros, se posiciona la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, que refuerza una tercera tendencia, también apuntada por el Código Civil, para que sea tenida en cuenta la opinión del menor en las decisiones que aunque tomadas por otros (padres, representantes legales, jueces), le afecten personalmente.

Así, el Código Civil, dispone en el artículo 92.2 que *“las medidas judiciales sobre educación y custodia”* que se deban adoptar en las situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio) sobre los menores, se adoptaran tras oír a los menores si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años. O con carácter general el artículo 154 que advierte a los padres, como representantes legales de los hijos menores, que deben escuchar a los mismos antes de tomar decisiones, siempre que estos tengan suficiente juicio.

En igual sentido de reconocer un progresivo aumento de la capacidad del menor se deben interpretar las normas de la Ley de Protección Jurídica del menor (en adelante, LOPJM) referidas al derecho a la información (artículo 5), a la libertad ideológica (artículo 6), a los derechos de participación y reunión (artículo 7), a la libertad de expresión (artículo 8). Interpretación extensible a los demás derechos fundamentales de los que es titular el menor. Además, la propia LOPJM establece en su artículo 2 un principio general de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores de edad.

Pero la edad a la que se alcanza la suficiente madurez no se encuentra fijada, con carácter general, en ningún precepto. El Derecho español contiene únicamente una serie de normas en las que se establece una edad determinada para conceder capacidad al menor en supuestos concretos (unas veces permitiéndoseles actuar por sí mismos, otras exigiendo el consentimiento de sus representantes legales para completar su capacidad). Esa edad no siempre es la misma, pero puede situarse aproximadamente en los 14 años (aunque a partir de los 12 tiene siempre derecho a ser oído en las cuestiones que le afecten, y antes de esa edad si tuviera suficiente juicio).

Así, con 12 años debe consentir su acogimiento o adopción (artículos. 173 y 177 CC.). Y a partir de los 14 el menor puede contraer matrimonio, con dispensa judicial (artículos 46.1, 48.2 CC.); testificar en juicio (artículo 361 LEC), adquirir la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia (artículo 23 CC.); puede reconocer hijos extramatrimoniales (con determinados consentimientos y audiencia del Ministerio Fiscal, artículos 121 y 124 CC.) y ejercitar la patria potestad sobre sus hijos (con la asistencia de sus padres, artículo. 157 CC.). Además, puede consentir o solicitar su emancipación a partir de los 16 (artículos. 317, 320, 321 CC.).

En el ámbito sanitario, la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, entiende que a partir de los 16 años el menor tiene capacidad para prestar por sí mismo el consentimiento a una intervención médica, pero antes de esa edad permite que el menor pueda prestar su consentimiento si *“es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”*, es decir, recurre de nuevo a las condiciones de madurez.

La Ley 41/2002, básica, reguladora de la Autonomía del Paciente, se suma a estas tendencias descritas.

Aunque la Ley no regula con total especificidad la mayoría de edad sanitaria, si se deduce la misma, según lo dispuesto en el artículo 9.3. apartado C de dicha Ley.

Y diferente es la emancipación (que, recordemos, es considerar en determinados casos, cuando se dan los requisitos establecidos por la ley, a un menor de edad prácticamente como mayor) de estos casos que la Ley 41/2002 explicita.

2.- LA MAYORIA DE EDAD EN LAS ACTUACIONES SANITARIAS. REGLA GENERAL.

Textualmente, el artículo 9.3 de la Ley 41/2002 dispone: Que se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

- 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.
- Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.
- 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 si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

A este respecto último, existen opiniones distintas, Isidoro Martín, Catedrático de Derecho Eclesiástico de la Universidad Autónoma de Madrid ha explicado (Julio del 2005, Curso de Bioética, Religión y Derecho, organizado por la Universidad Autónoma de Madrid con la colaboración del Instituto Metodológico de Derecho Eclesiástico del Estado) que "la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente declara que es preciso la mayoría de edad para la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y

la práctica de técnicas de reproducción humana asistida”, pero del mismo modo, sostiene que cuando el menor esté emancipado o tenga dieciséis años cumplidos podrá oponerse personalmente a un tratamiento, aunque tal rechazo implique un grave riesgo para su vida. Por el contrario, si se trata de una intervención que entrañe un riesgo no vital, el menor podrá rehusarla sin necesidad de estar emancipado, eso si, siempre que sea intelectual y emocionalmente capaz de comprender su alcance”.

La propia Ley 41/2002, en su artículo 9.5, vuelve a remarcar estas consideraciones, explicitando literalmente el mismo: “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

2.1.- Conclusiones.

La Ley 41/2002 reguladora de la Autonomía del Paciente ha rebajado hasta 16 años, la mayoría de edad para las actuaciones sanitarias, para propiciar que las personas tomen decisiones propias y no por sus padres o representantes legales sobre los actos que afectan a su esfera privada. Pero existen notables excepciones a este régimen cuando se trata de actuaciones de gran trascendencia o que comporta grave riesgo, en las cuales, la opinión de los padres, será escuchada.

Por otro lado, a partir de los 12 años, el menor será oído en la toma de decisiones, aunque la decisión misma, el consentimiento, sea prestado por "representación", por sus padres o por representantes legales.

Es importante ante lo expuesto que, entre los 12 y 16 años, la ley permite que el propio menor otorgue el consentimiento por sí mismo, cuando este sea "capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención". Por lo tanto, queda a criterio del facultativo determinarse el menor tiene o no madurez suficiente para otorgar el consentimiento por sí mismo, atendiendo al tipo de intervención de que se trate.

Más allá de alguna observación técnica, el régimen legal merece un juicio positivo y se inserta dentro de la tendencia generalizada de nuestro Derecho de conceder un mayor ámbito de autonomía a los menores, especialmente, a los adolescentes o menores maduros.

El consentimiento informado, debe de ser considerado como una de las máximas aportaciones que el Derecho ha realizado a la Medicina de los últimos siglos, según definición de Diego Gracia. Es mas, "constituye un derecho humano fundamental, consecuencia necesaria de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a

la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida". En este contexto, era lógico una tendencia generosa en la rebaja de la mayoría de edad sanitaria.

No obstante, hemos de apuntar que también se viene observando en los últimos años una tendencia contraria, que se traduce en aumentar la edad legal necesaria para ciertas actuaciones: obtención del permiso de circulación para conducir ciclomotores, poder adquirir bebidas alcohólicas o tabaco en establecimientos abiertos al público. Con todo, si atendemos con detenimiento, se trata de actuaciones tendentes a preservar la salud de los propios menores apartándoles del consumo de sustancias legales (tabaco, alcohol) pero nocivas, o de actividades de riesgo (conducción de ciertos vehículos o ciclomotores de poca cilindrada pero igualmente expuestos a los peligros de la circulación). Que merman considerablemente la regla general de la mayoría de edad sanitaria a los 16 años.

3.- EXCEPCIONES A LA PROPIA MAYORÍA DE EDAD SANITARIA DE 16 AÑOS. ARTICULO 9.4 DE LA LEY 41/2002.

Una vez expuesto el régimen general del artículo 9.3 de la Ley 41/2002, sobre capacidad para prestar el consentimiento informado, procede ahora analizar las excepciones a este régimen, en especial las contenidas en el artículo 9.4 de la Ley. En él se dispone que “la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

En realidad, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 es un precepto incompleto y en buena medida, innecesario. Solo viene a añadir más confusión a una materia, (como es la capacidad de obrar del menor), que ya de por sí, es compleja y poco clara.

Se trata de un precepto incompleto porque, junto a las excepciones mencionadas en el mismo, existen otras normas especiales en las que se limita el consentimiento de los menores de edad en relación con determinados actos médicos.

Es confuso porque si la intención del legislador era señalar que, en determinados casos y por su importancia, no era aplicable la regla general sobre la capacidad del menor contenida en el artículo 9.3, le hubiera bastado con decir algo así como “lo regulado en el número tercero se entenderá sin perjuicio de lo que establezcan otras disposiciones específicas aplicables a determinadas intervenciones médicas”. Y en este sentido, es también innecesario el artículo 9.4, porque la Disposición Adicional Segunda de la Ley 41/2002 viene a decir que cuando exista una legislación especial, entre otras cuestiones en materia de consentimiento informado, será esta la que

prevalezca, y lo dispuesto en la Ley 41/2002 se aplicará solo de forma supletoria.

Como ahora vemos, el artículo 9.4, solo añade algo en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, respecto de la cual si lo que se quería era no conceder validez al consentimiento de la menor, (independientemente de su madurez), podría haberlo dicho de forma mas clara.

Dicho lo anterior, se procede a exponer de forma esquemática, cuales son las excepciones al régimen general, empezando por las del artículo 9.4 de la Ley 41/2002. Se advierte que solo se hará referencia a la capacidad de prestar consentimiento informado, sin perjuicio de que para la intervención médica de que se trate la ley, exija, además, otros requisitos.

3.1.- Ensayos Clínicos (Título III de la Ley 25/1990, del medicamento; Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, artículos 4, 6, 7 y 28).

En relación con la capacidad para prestar consentimiento en los ensayos clínicos con menores, es necesario el consentimiento del representante legal (padres o tutor), pero también el del menor de edad cuando tenga 12 o más años. Igualmente se exige que se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones para ensayos clínicos con menores.

El hecho de que el consentimiento del menor de edad no sea nunca suficiente para la realización de ensayos clínicos tiene que ver con el carácter experimental, y no solo terapéutico, que se persigue a través de los mismos. Por ello, los ensayos sin finalidad terapéutica para el menor tienen carácter excepcional, exigiéndose determinados requisitos adicionales (que se adopten las medidas para garantizar que el riesgo sea mínimo, que del ensayo se puedan tener conocimientos relevantes sobre la enfermedad o situación que se investiga y que estos no puedan ser obtenidos de otro modo...).

En cuanto al uso "compasivo" de medicamentos, se requiere en la ley el consentimiento informado del paciente o de su representante legal, lo que puede entenderse –a la vista de la finalidad, sobre todo terapéutica y no experimental de este tratamiento-, como una remisión al régimen general sobre consentimiento informado del menor de edad, ya analizado.

3.2.- Técnicas de reproducción asistida humana (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de reproducción asistida, artículos 2, 5, y 6; Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, artículo 2. y Ley 45/2003). Proyecto de Ley 121/000039 (BOCG de 13 de mayo de 2005).

Se hace la salvedad de que la ley 35/1988, esta siendo modificada y se encuentra en Proyecto (121/000039) dentro de las Cortes Generales, para su aprobación.

En el Proyecto de la misma que se ha utilizado para esta exposición, no varía la edad para ser participante en ninguna de las técnicas, con la reflejada en la Ley 35/1988.

Artículo 1.- Objeto y ámbito del Proyecto de Ley121/000039

1. Esta ley tiene por objeto

- a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas, con el fin de facilitar la procreación en casos de esterilidad.
- b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta ley.
- c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crio-conservados.

2. A los efectos de esta ley se entiende por preembrión el embrión in Vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días mas tarde.

3. Se prohíbe la clonación de seres humanos con fines reproductivos.

Artículo 2.- Técnicas de reproducción humana asistida:

Las técnicas de reproducción humana asistida que, conforme se determinan en el artículo 1 reúnen las condiciones científicas y clínicas, y que la propia Ley explicita en su anexo, y son:

1. Inseminación artificial.
2. Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.
3. Transferencia intratubárica de gametos.

En el capítulo segundo de dicho Proyecto de Ley (Participantes en las técnicas de reproducción asistida...) se especifica claramente en su artículo 5.6 (de los donantes y los contratos de donación). que el donante, tendrá más de 18 años, buena salud psicofísica y plena capacidad de obrar.

Dentro del mismo capítulo, pero en su artículo 6 (Usuarios de las técnicas...) el primer punto dice que toda mujer mayor de dieciocho años y con plena capacidad para obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización, de manera libre, consciente y expresa.

3.3.- Interrupción voluntaria del embarazo. (IVE).
(Artículo 417 bis, Código Penal, Real Decreto 2409/1986 de 21 de Noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, artículo 4).

Esta es la cuestión más compleja de todas. El artículo 417 bis regula los casos en los que está autorizada la interrupción voluntaria del embarazo, exigiendo siempre el consentimiento expreso de la mujer, pero sin entrar a regular la capacidad para prestar dicho consentimiento (en el mismo sentido, artículo 4 Real Decreto 2409/1986).

3.3.1 - Argumentos a favor de la mayoría de edad para la interrupción voluntaria del embarazo (IVE).

En principio, de lo dispuesto en el artículo 9.4, de la Ley 41/2002, parece deducirse una intención del legislador de que en estos supuestos no se aplicable el régimen general del artículo 9.3. La referencia a "lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad", parece querer decir que, en caso de menores de edad, son los representante legales los que otorgan el consentimiento.

Esta interpretación también se desprende de los trabajos preparatorios de la Ley. Existieron enmiendas a este precepto en las que se ponía de relieve la incoherencia y regresión que suponía incluir la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las excepciones al consentimiento del menor maduro. Enmiendas que fueron rechazadas por el legislador.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, señaló que en cuanto a la forma de prestar consentimiento la menor o incapacitada, habría que estar a lo establecido en el derecho privado, sin perjuicio de que el legislador

podría valorar si la normativa existente era la adecuada desde la perspectiva de la norma penal cuestionada. Es decir, se admite la posibilidad del legislador de establecer para este caso los límites que considere oportunos.

3.3.2. - Argumentos a favor de la capacidad de la menor madura para prestar consentimiento en este caso.

La anterior no es la única interpretación posible. Es más, nos lleva a una solución inadmisibles, y contraria a la práctica habitual y a la opinión de la jurisprudencia y de la mayor parte de la doctrina.

El artículo 9.4 dice que la *interpretación voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación*. Una primera interpretación que se puede realizar es considera que para el aborto, al igual que para los ensayos clínicos y las técnicas de reproducción asistida, es necesaria la mayoría de edad, y si el paciente es menor de edad, es necesario el consentimiento del representante legal. Ahora bien, esto no es aplicable ni a los ensayos clínicos (en donde se permite la realización con menores, siendo además necesario su consentimiento a partir de los 12 años, y pudiéndose éste oponerse en cualquier caso a la realización de los mismos), ni para las técnicas de reproducción asistida (donde no cabe el consentimiento por sustitución).

Así que la otra interpretación que cabe es que la referencia a lo *establecido con carácter general sobre la mayoría de edad* es para el aborto, y la relativa a la legislación específica para los otros dos supuestos. Ahora bien, en realidad, el artículo 9.4 no establece que haya de ser mayor de edad (como sí se hace expresamente en otros

supuestos), sino que se remite a “lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad”. Esto puede interpretarse como una remisión a las normas que regulan la edad y capacidad de las personas. A falta de un precepto específico que regule la capacidad para prestar consentimiento para el aborto, hay que acudir al artículo 162.1 del Código Civil, que excluye la representación de los padres para el ejercicio de los derechos de la personalidad, pudiendo ejercitarlo los menores por sí mismos desde que tuvieran suficiente madurez. Lo que implica que para la interrupción voluntaria del embarazo bastaría el consentimiento de la menor madura.

Esta interpretación es coherente con otras normas del ordenamiento en las que se reconoce capacidad a los menores, como por ejemplo: puede reconocer hijos (con aprobación judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, artículo 121 CC.); puede contraer matrimonio a partir de los 14 años (con dispensa judicial; artículo 48 CC.); puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos, cualquiera que sea su edad (con la asistencia de sus propios padres o tutor, artículo 157 CC.).

En los otros supuestos en los que se limita la posibilidad del menor de prestar consentimiento por sí mismo hasta los 18 años, incluso negando la validez del consentimiento por sustitución, las circunstancias son otras. O bien se trata de actos que no reportan ningún beneficio (donación de órganos, tejidos – salvo en los supuestos en que se excepciona, en donde los tejidos son regenerables, y se exige vínculo de parentesco-; de sangre; donación de material reproductor); o no tienen únicamente una finalidad terapéutica (ensayos clínicos, pero en estos casos también es necesario el consentimiento del menor, no pudiendo realizarse en contra de su voluntad); o son de gran trascendencia y pueden esperar (esterilización, cirugía transexual; más dudoso en el caso de técnicas de reproducción asistida). Llama la atención, además, que

para la donación de embriones y fetos no viables, sea necesario el consentimiento del menor, además del consentimiento del representante legal.

Por otra parte, mientras que las leyes catalana Ley 21/2000, de 29 diciembre, (artículo 7.2.d) y aragonesa Ley de Aragón, (artículo 14.1.c) se pronuncian en el mismo sentido que la estatal, la ley valenciana Ley 1/2003 de 28 de enero (artículo 9.2), no habla expresamente de mayoría de edad, sino que señala *“en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, de ensayos clínicos y de las prácticas de reproducción asistida, se actuará según lo establecido con carácter general por la legislación civil y, si procede, por la normativa específica que le sea de aplicación”*. Y la ley de Castilla y León, Ley 8/2003 de 8 de Abril, (artículo 28.4) también difiere en algo de la norma estatal al disponer que *“los centros, servicios y establecimientos respetarán las decisiones sobre la propia salud en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, ensayos clínicos y práctica de técnicas de reproducción asistida conforme a lo establecido con carácter general por la Legislación Civil sobre mayoría de edad y emancipación y por la normativa específica que sea de aplicación”*.

Por último, es necesario hacer algunas precisiones, en esta tesis a favor de la capacidad de la menor madura para consentir la interrupción del embarazo:

a. En los casos en que la menor madura desea continuar el embarazo y el aborto sea necesario para evitar un grave riesgo para la salud de la menor, podría aplicarse lo dispuesto en el artículo 9.3.c, en cuanto a actuaciones de grave riesgo, y la necesidad de ponerlo en conocimiento de los representantes legales (incluso se podría pensar en acudir, en caso de conflicto a la autoridad judicial):

b. Cuando la menor no tenga madurez suficiente, deberán prestar consentimiento por sustitución sus representantes legales.

Pero su actuación, como dice el artículo 9.5, debe ser siempre a favor del paciente y con respecto a su dignidad personal (por lo que no podrán imponer sus propias convicciones religiosas o morales; en estos casos, podía acudir a la autoridad judicial).

Y si los representantes legales pretenden la interrupción voluntaria del embarazo, negándose la menor, no parece que se le pueda imponer el aborto, salvo quizá cuando se trate de aborto terapéutico (en caso de conflicto, se acudiría a la autoridad judicial).

De lo anterior se deduce que, con independencia de cual sea la interpretación que se adopte respecto del artículo 9.4, no parece que se pueda imponer el aborto en contra de la voluntad de la menor (sobre todo cuando tiene madurez suficiente). Parece que en cualquier caso es necesario su consentimiento (de modo similar a lo que ocurre con otras actuaciones que se permiten en menores – ensayos clínicos, donación de fetos... -, en los que no se puede actuar contra su voluntad), otra cosa es si se necesita además el consentimiento de los representantes legales cuando tenga madurez suficiente (depende de la interpretación que se siga, como hemos visto).

4.- OTRAS EXCEPCIONES NO CONTEMPLADAS EN EL ARTICULO 9.4 DE LA LEY 41/2002,

No las contempla el citado artículo, pero dimanar directamente del artículo 9.3 de la misma ley.

4.1.- Extracción y transplante de órganos (Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y transplante de órganos – LETO-, artículos 4 y 7. Real Decreto 2070/1999 de 30 de diciembre, artículos 9 y 15).

Es necesario distinguir en este caso, entre:

A/- **Donante vivo:** Dado que ningún beneficio se deriva para el menor del acto de donación de un órgano, **la ley exige mayoría de edad** (no pueden realizarse en menores aunque se cuente con el consentimiento de los representantes legales).

B/- Si de un **donante muerto** se tratara, la presunción que establece la ley a favor del consentimiento para la donación, se relativiza cuando se trata de menores, permitiendo la oposición a dicho acto por quienes en vida del menor hubieran ostentado su representación legal.

C/- Para ser **receptor de órganos**, habrá que atender a las reglas generales sobre consentimiento informado de menores establecido en la Ley 41/2002.

4.2.- Extracción y utilización de tejidos y sustancias corporales.

A este respecto es preciso distinguir:

a.- La utilización clínica de TEJIDOS HUMANOS (Real Decreto 411/1996 de 1 de Marzo, artículos 7, 8 y 9).

En el caso de donante vivo: la regla general, al igual que para la donación de órganos, es la mayoría de edad (sin que quepa consentimiento por sustitución). Sin embargo, esta regla tiene importantes excepciones: Cuando se trata de médula ósea o material hematopoyético, el consentimiento lo pueden prestar los representantes legales del menor (siempre que entre el donante y el receptor exista relación genética), y previa audiencia del mismo si tiene 12 años, o mas. En el caso de residuos quirúrgicos, se aplicarán las reglas generales sobre consentimiento del menor de edad.

Respecto a la donación por menores fallecidos y del consentimiento del receptor, se aplican las mismas reglas que para la extracción y transplante de órganos.

b.- La hemodonación_(Real Decreto 1854/1993, de 22 de octubre, artículos 6, 22 y 28).

Para ser donante: se exige también la mayoría de edad, salvo que se trate de una autotransfusión", en cuyo caso la ley permite que se realice con el consentimiento del representante legal del menor. No obstante, puede entenderse aplicable en este último caso (autotransfusión) las reglas generales sobre consentimiento del menor "maduro" a la vista de la capacidad necesaria para ser

receptor de sangre, y de una interpretación acorde con lo dispuesto en la Ley 41/2002.

En cuanto a la capacidad para consentir o denegar una transfusión de sangre a un menor de edad (receptor), la ley no dispone nada al respecto, por lo que, tratándose de un acto terapéutico que se realiza bajo prescripción médica, habrá que atender a las reglas generales sobre consentimiento informado, de los menores de edad.

4.3.- Cirugía transexual y esterilización. (Artículo 156 Código Penal).

Este artículo dice:

El consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos, efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos, ni por sus representantes legales.

Sin embargo no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella, tomándose como criterio rector el de mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

4.4.- Donación y utilización de embriones y fetos humanos, y de sus células, tejidos y órganos (Ley 42/1988 de 28 de Diciembre, artículos 2 y 4).

Se exige para donantes menores de edad no emancipados, el consentimiento de sus representantes legales, además del suyo propio. Si las células, tejidos y órganos se van a utilizar para transplante a una persona enferma, menor de edad, es necesario el consentimiento de los representantes legales. Aunque en este último caso puede admitirse la validez del consentimiento del menor "maduro", al igual que los supuestos anteriores.

Todo esto, va incluido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 41/2002, que viene a decir que cuando exista una legislación específica entre otras cuestiones, en materia de consentimiento informado, será esta la que prevalezca.

4.5.- Instrucciones previas, (Artículo 11, Ley 41/2002 de 14 de Noviembre).

El artículo 11 de la **Ley 41/2002**, que contiene la **legislación estatal básica** en materia de autonomía del paciente, al regular las Voluntades Anticipadas o Instrucciones previas, señala que "Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y tratamientos de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo". Por consiguiente, en este primer apartado de la regulación, se señalan los requisitos subjetivos respecto de las personas que pueden otorgar válidamente los documentos de voluntades anticipadas o instrucciones previas: una persona mayor de edad, capaz y libre.

Se considera que, cuando el artículo 11.1 de la Ley 41/2002 señala como uno de los requisitos subjetivos para otorgar válidamente documentos de voluntades anticipadas la mayoría de edad, es plenamente coherente con la regulación que la propia ley hace de la autonomía del paciente y del consentimiento informado

Aunque es cierto que el art. 9.3.c de la citada ley, dispone que con la emancipación o con los 16 años cumplidos (porque excepcionalmente, es posible la emancipación por matrimonio desde los 14 años) ya no hace falta el consentimiento por representación, porque es el propio menor el que (salvo que sea incapaz o incapacitado, pero esto mismo es de aplicación en los mayores de edad) presta el consentimiento informado para la actuación sanitaria. Pero a continuación, el art. 9.4 de la propia Ley 41/2002, señala algunas actuaciones respecto de las cuales se rigen por las reglas generales de la mayoría de edad. Y aunque el propio art. 9.4 no enumera al documento de voluntades anticipadas como una de esas

excepciones, si lo hace, a continuación, el art. 11 que es el que contiene la regulación de las voluntades anticipadas o instrucciones previas.

El contenido de los documentos de voluntades anticipadas, tal como figura en el texto definitivo de la Ley 41/2002, no sólo se refiere a la previsión de los tratamientos y cuidados que el otorgante quiere, o rechaza, para un momento en que no pueda tomar decisiones personales, en cuyo caso, como “consentimiento informado anticipado” que es podríamos defender que se exija la misma capacidad. El art. 11.1 de la Ley estatal, también contempla que dentro del documento de instrucciones previas se pueda también disponer del destino de su cuerpo o de los órganos del mismo una vez llegado el fallecimiento”.

Las comunidades autónomas, tienen una regulación diferenciada en algunos aspectos de las instrucciones previas, como ocurre con la figura del menor emancipado. Hay comunidades autónomas, como las de Andalucía, Navarra y Valencia que le otorgan capacidad para hacer testamento vital. La Ley de Autonomía del Paciente establece el requisito de ser mayor de edad, capaz y libre, lo que hace dudar de lo adecuado de estas leyes, que van más allá de la ley básica que establece dichos límites.

Las leyes autonómicas que regulan las voluntades anticipadas no pueden contravenir lo dispuesto en la ley estatal, porque ésta tiene la condición de “básica”, con el objeto de garantizar una regulación uniforme en los aspectos básicos en todo el territorio español, que facilite la aplicación de la normativa (que será básicamente coincidente en las diferentes comunidades autónomas) y en consecuencia, facilite la eficacia de estos documentos en cualquier centro asistencial de cualquier comunidad autónoma. Si alguna ley autonómica contraviene esta regulación estatal básica, resulta

contraria a la Constitución y por ello, inaplicable por cualquier persona que deba aplicar o ejecutar la ley (no sólo por los jueces).

La capacidad de obrar para poder emitir validamente esas disposiciones mortis causa, es la mayoría de edad. (artículo 4 Ley 30/1979; y art. 9 R. D. 2070/1999), expuesto anteriormente. En base a ello, si el documento de voluntades anticipadas es otorgado por un menor emancipado, no podría contener tales disposiciones.

Por tanto, los menores de edad, mayores de 16 años o emancipados, tendrán que esperar a alcanzar la mayoría de edad para otorgar válidamente los documentos de voluntades anticipadas. No olvidemos que además, aunque pudiera el menor emancipado otorgarlos, cuando su decisión implicara una actuación de grave riesgo, sería necesario tener en cuenta la opinión de sus padres o representantes legales. Para que los documentos reflejen totalmente, con libertad, y pueda hacerlo individual y personalmente, el menor habrá de esperar a alcanzar la mayoría de edad, 18 años.

5.- CONCLUSIONES:

1. Hay una mayoría de edad general para todos los actos jurídicos fijada en 18 años.

2. Hay una mayoría de edad propia de los actos sanitarios, fijada en 16 años.

3. Hay excepciones a esta última regla para ciertos actos sanitarios recogidas en el art. 9.4 de la ley 41/2002.

4. Hay excepciones de especial trascendencia, con regulación propia en otras leyes específicas.

BIBLIOGRAFIA

1. **Andréu Martínez M^a Belén.** La capacidad del menor, en el ámbito sanitario: Excepciones al Régimen General. AJ. Curso Universitario de Derecho y Bioética. Módulo de Bioética. 2005. Clase del 23-2-05.
2. **De Lorenzo y Montero, Ricardo.** Manual Práctico de la Ley de Autonomía de los Pacientes para Médicos de Atención Primaria. SANED, S. L. Madrid 2003.
3. **Domínguez Luelmo A.** Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación. Artículo 9. Derecho Sanitario y responsabilidad Médica. Páginas: 269-310. 2003.
4. **Lázaro González I.** Los Menores en el Derecho Español. ISBN: 8430938141. 31-05- 2002.
5. **Fernández Campos, Juan Antonio.** La mayoría de edad sanitaria. Atención al Usuario. Publicación de la Sociedad Española de Atención al Usuario. Páginas: 21-23. Volumen 2-nº 13 diciembre 2003.
6. **Fernández C. y Arbós D.** Deontología: La autonomía del menor provoca la suspensión del Código de ética catalán. Página 16; Diario Médico 20 de septiembre 2005.
7. **García Garnica MC.** El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Capítulo III, El Ejercicio de los derechos a la vida. Páginas: 110 a 142. Editorial Aranzadi. 2004.
8. **Gracia D.** La deliberación moral: El método de la ética clínica. Páginas 21-33. Ética en la Práctica Clínica. 2002.
9. **Martín Sánchez I.** Diario Médico. Martes, 19 de julio de 2005. Página 9.
10. **Novoa Jurado, AJ.** Curso Universitario de Derecho y Bioética. Módulo de Bioética. Clase del 24-5-05.
11. **Romero Malanda, Sergio.** Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes. (Diario La Ley nº 5703, Año XXIII, 23 de Enero. 2003, ref.^a D-21).

Me gustaría hacer constar mi agradecimiento por los medios utilizados, confianza, recursos, interés que han demostrado en esta actividad novedosa a:

-Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación sanitaria y Drogodependencias de la Consejería de Sanidad de Murcia.

-Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.

- Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Murcia.

Por el tiempo que han dedicado a la revisión de mi trabajo, con la paciencia y delicadeza con que me han tutorizado, orientado y corregido a:

- Doña Maria Belén Andréu Martínez.

- Don Juan Antonio Fernández Campos.

-Doña Caridad Palazón Pérez de los Cobos.

-Doña Mariana Peregrina Blanco.

A todo el profesorado, por su capacidad de transmisión de conocimientos.

A todas las compañeras y compañeros de este Curso de Derecho Sanitario por la acogida, buen clima, entendimiento y amistad que han surgido en esta actividad tan extensa y dificultosa para todos nosotros.

Todas estas personas han hecho posible que profesiones y formación dispares, sean capaces de aprender, entender, buscar, concluir...., en temas tales como el expuesto, siendo legos en la materia de que se trataba, al principio de nuestras clases, y que hasta hace muy poco, no creyéramos que solo por tener formaciones distintas, no fuésemos complementarios.

Muchas gracias por ello.

Fdo: M^a Paz Rodríguez Martínez.

