

Universidad Miguel Hernández

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

Doble Grado en Derecho y Administración de Empresas

Trabajo Fin de Grado

Curso Académico 2022/2023



UNIVERSITAS
Miguel Hernández

UNIVERSITAS Miguel Hernández

**EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES DE EDAD EN EL
ÁMBITO SANITARIO Y LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL
EMBARAZO**

Alumna:

LUCÍA ISABEL TAJUDEEN RAMÍREZ

Tutor:

MANUEL ORTIZ FERNANDEZ

Gracias a mis padres y a mi familia por enseñarme que nunca hay que rendirse ya que todo es posible con dedicación y cariño. Todo el esfuerzo que habéis tenido para que pueda estudiar fuera de casa, ha dado sus frutos y está reflejado en este trabajo.

Gracias a todos mis amigos y compañeros que he conocido a lo largo de los 5 años de mi carrera, me habéis hecho sentir como en casa. Sin vosotros, esto tampoco hubiera sido posible.

Y, por último, agradecer a mi tutor Manuel Ortiz Fernández por tener una gran vocación y enseñarme todo en cuanto sabe. Soy capaz de comprender ámbitos en los que nunca me había imaginado, y sólo esto ha sido posible gracias a usted.

ÍNDICE

I.	Configuración del consentimiento informado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.....	6
	1. Derecho a la información.....	7
	2. Consentimiento.....	14
II.	El consentimiento informado de los menores de edad.....	26
	1. Tratamiento de los menores de edad en la Ley 41/2002.....	26
	2. El principio de interés superior del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.....	31
	3. Configuración de la interrupción del embarazo en Ley Orgánica 1/2023 de 28 de febrero.....	34
III.	Principales conclusiones.....	38
IV.	Bibliografía	41

Resumen

El consentimiento informado es un derecho de todo paciente que se concreta en la posibilidad de conocer toda la información relacionada con su estado de salud y a decidir en consecuencia. En este ámbito, los menores de edad disponen de un régimen específico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en atención a sus madurez y capacidad de comprensión, de tal forma que, como regla general, se fija en 16 años la edad para ejercitar el consentimiento informado. A este respecto, la interrupción voluntaria del embarazo, que ha sufrido diferentes reformas, ha sido recientemente modificada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Así, con anterioridad a esta última, se exigía la asistencia de los representantes legales cuando se trataba de menores de edad; o, en otras palabras, se requería la mayoría de edad para esta intervención. No obstante, el legislador, en la Ley Orgánica 1/2023, siguiendo la citada regla general de la Ley 41/2002, ha considerado que las menores de 16 años pueden decidir sobre este extremo. En el presente estudio, partiendo de un análisis general del consentimiento informado y del principio de interés general de los menores de edad, trataremos de reflexionar sobre la adecuación de la reforma y, en su caso, la posibilidad de que se aplique una excepción al mismo.

Abstract

Informed consent is a right of every patient that consists of the possibility of knowing all the information related to their health status and making decisions accordingly. In this regard, minors have a specific regime under Law 41/2002 of November 14, which regulates the autonomy of the patient and rights and obligations regarding clinical information and documentation, taking into account their maturity and capacity for understanding. As a general rule, the age set for exercising informed consent is 16 years. Regarding this matter, voluntary termination of pregnancy, which has undergone different reforms, has recently been modified by Organic Law 1/2023 of February 28, amending Organic Law 2/2010 of March 3, on sexual and reproductive health and voluntary termination of pregnancy. Prior to this amendment, the presence of legal representatives was required for minors, meaning that legal adulthood was necessary for this intervention. However, the legislator, in Organic Law 1/2023, following the general rule of Law

41/2002, has considered that minors under the age of 16 can decide on this matter. In this study, based on a general analysis of informed consent and the principle of the general interest of minors, we will try to reflect on the appropriateness of the reform and, if applicable, the possibility of applying an exception to it.

Palabras claves

Autodeterminación, consentimiento, embarazo, interrupción, menores de edad.

Key words

Self-determination, consent, pregnancy, termination, minors.



I. Configuración del consentimiento informado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En primer lugar, para poder comenzar un análisis del consentimiento informado, debemos dar una definición de este. Como bien viene recogido en el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación (en adelante, LAP), el consentimiento informado supone “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

Para que se preste el consentimiento de forma libre, voluntaria y consciente tienen que concurrir dos circunstancias: primera, que la información previa que reciban los pacientes contenga detalles claros y suficientes antes de que se realice cualquier acción o procedimiento que pueda tener consecuencias significativas para ellos. Esto les permite tomar decisiones informadas y conscientes sobre si están dispuestas a asumir los riesgos, los beneficios o las implicaciones involucradas. Y segundo, el consentimiento posterior que otorga o niega la persona después de haber recibido toda la información relevante. Este consentimiento debe ser voluntario, informado y libre de coerción e influencias externas. Si una persona no está de acuerdo con las condiciones o no otorga su consentimiento, tiene el derecho de negarse a participar y no someterse a la acción propuesta.

Es decir, supone un ejercicio de la voluntad y para su validación debe haberse prestado con conocimiento de todos los extremos que afectan a su salud. Si no se realiza con conocimiento, no estaríamos ante una decisión consciente, pues no se encontraría en disposición de llevarla a cabo de una forma adecuada sin una información previa adecuada¹

Por tanto, podemos concluir que el consentimiento informado parte de dos principios: el primero, es el derecho que tiene el paciente a obtener información completa, precisa y

¹ ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 33.

comprensible sobre cualquier asunto que pueda afectarle a su estado de salud; y el segundo, tras haber recibido esa información, tiene el derecho de poder dar o no su consentimiento para someterse a las actuaciones sanitarias.

A continuación, hablaremos con más detenimiento de estos dos conceptos establecidos en la Ley 41/2002.

1. Derecho a la información

Dentro del artículo 3 LAP encontramos la definición de la información clínica que viene establecida como “todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla”.

A este respecto, este derecho se basa en la premisa de que los pacientes tienen el derecho fundamental a ser informados sobre su salud, incluyendo los diagnósticos, opciones de tratamiento, riesgos y beneficios, así como cualquier otra información que sea necesaria para tomar decisiones sobre su propio cuidado.

Además, la información clínica deberá cumplir con una serie de características sobre las actuaciones a realizar: tendrá que ser verdadera, comprensible para el paciente, adecuada a sus necesidades y fomentará a que este tome decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

Por su parte, el artículo 4 LAP regula la denominada información asistencial, que a diferencia de la información clínica, aparece vinculada a una intervención concreta. Así, como se deduce del apartado primero de dicho artículo, todos los pacientes son los titulares de este derecho, esto es, a conocer toda información disponible sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud, salvo, como se verá a continuación, en casos excepcionales predeterminados por Ley. En todo caso, no supone una excepción del titular, ya que es el propio paciente. Incluye también, en caso contrario, que toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica que comprende la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

Y, por último, en cuanto a los sujetos pasivos a prestar información, se garantiza que tanto el médico responsable, como los profesionales que le atiendan o apliquen algún procedimiento en concreto, deberán de cumplir proporcionar el derecho a la información al paciente.

En definitiva, con independencia del “tipo” de información, en realidad se refiere al conocimiento del paciente a la hora de tomar una decisión relacionada con su salud, en general.

Por lo que se refiere al artículo 5 de la LAP, aclara, de forma expresa, quién es el titular del derecho a la información asistencial, que es el paciente; y en casos de que este lo consienta tácita o expresamente, también serán informadas las personas vinculadas a él por razón de hecho o familiar.

El paciente será siempre informado en función de sus posibilidades de comprensión, y en caso de que tenga alguna incapacidad natural (no jurídica), deberá ser también informado su representante legal. Son situaciones transitorias en las que en la que una persona por su estado concreto no tiene capacidad para comprender información o ni siquiera puede recibirla. Tomemos, a modo de ejemplo, una paciente que acaban de comunicarle que tiene cáncer de mama, y es de vital importancia que se someta a una operación de extirpación del seno ya que de no ser así su salud y vida corren un alto peligro. La paciente tras haber sido informada de su enfermedad entra en estado de shock y, como consecuencia, no posee la capacidad suficiente como para poder entender la información sobre la intervención que se le va a realizar debido a su estado psíquico. Por tanto, la ley establece que, cuando a criterio del médico responsable, el paciente carezca de capacidad suficiente como para entender información debido a su estado físico o psíquico, serán las personas vinculadas por razón familiar o de hecho las que serán informadas.

Hay que tener en cuenta que la ley alude a las personas “incapaces”, esto es, la derogada incapacidad jurídica. Este término actualmente está obsoleto, ya que con la reforma de la Ley 8/2021, todas las personas disponen de capacidad jurídica para tomar decisiones, ser titulares de nuestros derechos y poder ejercerlos. Por tanto, hay que interpretar el precepto entendiendo que se refiere a las personas que precisan de medidas de apoyo para tomar decisiones. Por ejemplo, se establece la necesidad de que intervenga un curador en el ámbito sanitario, deberá concurrir el curador en la prestación del consentimiento.

Asimismo, el derecho a la información puede verse restringido por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Es decir, es la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar ante al paciente ya que, por razones objetivas al conocimiento de su propia situación, pueda perjudicar gravemente la salud del paciente. Nos encontramos ante el caso en el que el médico actúa de forma excepcional sin informar al paciente debido a que esta información puede provocar un riesgo al mismo. En estas situaciones, deberá de dejar constancia razonada de las circunstancias en el historial clínico y comunicar a las personas vinculadas al paciente, bien familiares o, de hecho, los motivos por los que ha tomado dicha decisión.

Por otro lado, por lo que se refiere a los sujetos pasivos, es decir, los obligados a prestar la información asistencial, acudiremos al contenido establecido en artículo 2.6 LAP que señala que “todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”. En este sentido, no solo obliga al médico sino a todo el personal que integre la sanidad sanitaria, que tiene la obligación de informar a la persona de la intervención que se va a llevar a cabo, sus riesgos, alternativas, etc.

Como se ha explicado en relación con el artículo 4.3 LAP sobre las garantías que debe cumplir tanto el médico responsable como los profesionales que le atiendan o apliquen algún procedimiento en concreto, esta ley hace un extensivo deber de informar a los profesionales que atiendan a sus pacientes, siendo todos ellos sujetos pasivos de la prestación de la información².

Debemos añadir también, no solo quiénes son los titulares de este derecho, sino las condiciones de la información y el consentimiento por escrito. Para ello, nos remitiremos al artículo 4.1 LAP que indica que, como norma general, la información clínica deberá prestarse de forma verbal dejando constancia en la historia clínica. Por tanto, no supone una obligación que se haga por escrito, bastando con el acuerdo verbal.

No obstante, la realidad es diferente, ya que el sistema sanitario prefiere facilitar la constancia del consentimiento por escrito debido a que adquiere mayor valor probatorio

² ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 198-199.

y garantiza las condiciones por los que se ha prestado. La información prestada únicamente de forma verbal puede producir muchos problemas tanto para el paciente como para el profesional, ya que existe la imposibilidad de conocer si ha sido informado o no el paciente y bajo que términos aceptó este; además, pudiendo también encontrarse en situación de indefensión. Al igual sucede con los profesionales, ya que puede resultar lesiva para su desempeño el haber actuado de cierta forma sin saber si era la correcta o si se han informado los extremos necesarios. Por ello la solución más adecuada es exigir el consentimiento informado verbal acompañado con un documento por escrito, atendiendo siempre a las necesidades de cada paciente, para que no se vea mermada su voluntad y la profesionalidad de los centros³.

Sin embargo, en otros preceptos se deduce el carácter escrito como el artículo 10 LAP que señala que el facultativo deberá proporcionar al paciente, antes de recabar su consentimiento por escrito, la información básica: consecuencias relevantes o importancia de la intervención, los riesgos relacionados por causas personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales en función de la experiencia y el estado de la ciencia o relacionados con la intervención, y por último las contraindicaciones. Y en los supuestos en los que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención, más necesario será el previo consentimiento por escrito del paciente.

El carácter escrito de la información es muy discutido en la doctrina y jurisprudencia, tanto que precisamente en el artículo 10.2 LAP incorpora un criterio valorativo: cuanto más riesgo genere la intervención, mayor obligación de prestar la información por escrito. Igualmente, ocurre algo similar en relación con el consentimiento. Más tarde volveremos sobre estas cuestiones.

En cuanto al modo y tiempo de proporcionar la información, deberemos acudir de nuevo al artículo 4 LAP. Esta información clínica será para todas sus actuaciones: verdadera, comprensible para el paciente, adecuada a sus necesidades y fomentará a que este tome decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. La ley exige que el paciente entienda la información, pues quien la preste deberá de realizar de un modo adecuado la situación añadir que es de vital importancia que la interacción con los pacientes sea satisfactoria y

³ ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 210.

no se vean vulnerados sus derechos, ya que una mala comunicación entre médico y paciente puede derivar a varios problemas como a la negación de una intervención urgente al paciente debido que no se le ha transmitido de forma adecuada.

Podemos referir, por ejemplo, el caso de mujer diagnosticada con cáncer de mama a la que el médico le ha comentado que deben de extirparle un pecho, pero no le indica los motivos de la intervención, es decir, no le explica que debe extirparle el pecho debido a que tiene un tumor maligno que puede crecer dentro de su organismo y resultar mortal.

No debemos olvidar tampoco el requisito de la veracidad de la información. Los profesionales no han de evitar los problemas que puedan causar las intervenciones debido a que se pueda considerar como una “mala noticia”, tendrán que dirigir con total claridad y neutralidad al paciente, ya que supone una realidad para ellos estos “diagnósticos fatales⁴”

Y, por otro lado, deberán establecerse plazos de referencia para asegurar como norma general que se informe a los pacientes con anterioridad al procedimiento. Por ejemplo, de *lege ferenda*, proponen un plazo de veinticuatro horas. Ello conlleva a que el mismo sea de mínimos, no siempre que se informe con dicha antelación se estará cumpliendo con el deber, pues habrá que estar al caso concreto del paciente concreto y que podrá requerir una previsión mayor en ciertas circunstancias. Y en los supuestos en los que se informe con posterioridad se estará vulnerando el derecho del paciente. Aunque en ciertas circunstancias en las que sí se acredite que se informó con posterioridad por cualquier medio de prueba admitido en derecho y el paciente pudo comprender y decidir adecuadamente, no existirá ninguna vulneración⁵.

Cabe hacer una breve referencia a los riesgos típicos y atípicos. El primero de ellos, supone informar sobre los riesgos previsibles al paciente sobre una actuación médica, y en contraposición, nos encontramos a los riesgos atípicos, que son los riesgos imprevisibles sobre una intervención sanitaria. Una sobreinformación de los riesgos atípicos al paciente equivale a la desinformación. En ocasiones, si se informa de más a los pacientes sobre las consecuencias que conlleva someterse a una actuación sanitaria, se podría estar alterando

⁴ ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 209.

⁵ ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 212-213.

su libertad de decisión. A modo de ejemplo podemos tomar un caso en el que el médico que acaba de diagnosticar de apendicitis a un paciente, y como el usuario nunca había sido sometido a una operación, le pregunta cuáles son los efectos secundarios de la intervención; el médico, sin preámbulos, le señala que puede llegar a padecer un absceso intraperitoneal. Debido a la inesperada respuesta del médico, el paciente se plantea no someterse a la operación por miedo a poder tener esa enfermedad. Es cierto que, si se opera de apendicitis, existe la posibilidad de contraer infecciones o abscesos, pero es muy poco probable que se de este suceso, es un riesgo imprevisible. Es por esto que el contenido de la información debe ser adecuado al paciente, sin sucumbir al miedo, informando ampliamente de los riesgos típicos no de los atípicos. Pero también, deberemos atender a un ajuste de las peculiaridades de cada sujeto.

Por tanto, deberá de tenerse en cuenta factores como el peso, edad, antecedentes médicos, entre otros. El médico tendrá que barajar todas las situaciones que se puedan dar en una intervención sanitaria, ya si deriva del paciente u otros aspectos externos; y con estas conclusiones, deberá de informarle al usuario sobre los riesgos previsibles que se puedan dar en la intervención⁶. Podemos apoyarnos en autores como Sancho Gargallo, que destaca que la información se proporciona en términos de probabilidad, ya que no se puede tener una certeza absoluta sobre las consecuencias de cada una de las posibles opciones y en un grado que el paciente pueda asumir⁷.

Por último y para cerrar el Capítulo II de el derecho a la información sanitaria, tenemos que hablar de otros tipos de información previstas en la ley que son importantes a la hora de ejercer este derecho y han de tenerse en cuenta en múltiples procedimientos sanitarios: información epidemiológica, la información en el Sistema Nacional de la Salud y la información para la elección del médico y del centro.

Por lo que se refiere a la información epidemiológica, que viene recogida en el art. 6 de la LAP, es el derecho que poseen los ciudadanos para conocer los problemas sanitarios que afectan a la colectividad, siempre y cuando implique un riesgo para la salud pública o individual. La difusión de esta será siempre bajo términos verdaderos, comprensibles y

⁶ AGUILÓ, J., PEIRÓ, S., MUÑOZ, C., GARCÍA DEL CAÑO, J., GARAY, M., VICIANO, V., FERRI, R., GACRÍA-BOTELLA, M., MEDRANO, J., TORRÓ, J.: «Efectos adversos en la cirugía de la apendicitis aguda», *Cirugía Española*, vol. 78, núm. 5, 2005, pp. 312-317.

⁷ ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 192-193.

adecuados para la protección a la salud. Hemos de hacer un breve inciso sobre qué es un derecho colectivo, para conseguir una mayor comprensión de este artículo. Los derechos colectivos son los derechos cuyo sujeto no es un individuo, sino un conjunto colectivo o grupo social, con el fin de proteger los intereses e incluso la identidad de tales colectivos. Se definieron a partir del derecho de autodeterminación, es decir el derecho de un pueblo a decidir sobre sus propias formas de gobiernos, persiguen un desarrollo económico, social y cultural, y estructurarse de forma libre, sin ningún tipo de intervención externa y de acuerdo con el principio de equidad; y se engloban en los llamados “derechos de tercera generación”, que son los derechos humanos que se promovieron en los años setenta con el objeto de incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos, en un marco de respeto y colaboración mutua⁸.

Siguiendo esta línea, podemos encontrar en el artículo 12 LAP la información en el Sistema Nacional de Salud, el cual prevé que los pacientes tendrán derecho a recibir información sobre los servicios y unidades de atención disponible, su calidad y los requisitos de acceso. Además de que los servicios de salud dispondrán de una guía de los servicios en la que se especifiquen los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones, las características asistenciales del centro o del servicio, y sus dotaciones de personal, instalaciones y recursos técnicos. Facilitando también a los usuarios sobre la información de las guías de participación, sugerencias y reclamaciones. Para garantizar el efectivo cumplimiento de la información en el Sistema Nacional de Salud, se regularán los procedimientos y sistemas de cada servicio.

Para finalizar, no podemos olvidar el derecho a la información para la elección del médico y del centro, son unos derechos importantísimos que vienen articulados en esta ley. Según el artículo 13 LAP, los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de Salud, tendrán derecho a la información correspondiente para elegir médico o centro, con arreglo a los términos y condiciones que se establezcan en los centros de salud, tanto en atención primaria como en la especializada.

⁸https://www.google.com/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0CAIQw7AJahcKEwjLoLbTs8X_AhUAAAAAHQAAAAAQBQ&url=https%3A%2F%2Fwww.cedhsinaloa.org.mx%2Findex.php%2Fdifusion%2Fboletines-electronicos-1%2F1272-boletin-65%2Ffile&psig=AOvVaw2uhjeJG_ee3mWsmYSDQ_LU&ust=1686922735988301

2. Consentimiento

Como hemos visto anteriormente en el artículo 3 LAP, el consentimiento informado implica la decisión que toma el paciente, tras de recibir información adecuada, sobre su conformidad libre y consciente para cualquier acción relacionada con su salud.

El artículo 8 de esta ley, nos ocupa con mayor detenimiento en qué consiste el consentimiento informado. Este supone que toda actuación en el ámbito de la salud del necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado una vez recibida la información bajo los términos establecidos en el artículo 4 LAP y haya valorado las diferentes opciones propias del caso. Es el propio paciente quien decide someterse o no al procedimiento clínico, siempre que haya sido previamente informado y como expresión de su derecho a la autonomía. Derecho del que es titular toda persona, incluyendo a aquellas que precisan de atención asistencial, pues la condición de enfermo no supone una carencia de autonomía para tomar las decisiones que les conciernen en el ámbito de su salud, siempre que gocen de la capacidad natural—suficiente para ello⁹.

El consentimiento, por norma general, se deberá prestar verbalmente, aunque existen casos en los que se prestará por escrito: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y en todo tipo de procedimientos que supongan un riesgo o inconveniente notorio y previsible, que conlleve una repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Todas estas situaciones nombradas precisarán del consentimiento escrito del paciente dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos generales, y que tendrán información suficiente sobre el procedimiento y sus riesgos.

Podemos observar en la Sentencia del TEDH de 8 de marzo de 2022 la importancia del consentimiento por escrito del paciente. En esta sentencia los hechos se basan en que un menor se había sometido a una intervención quirúrgica de la que se había obtenido el consentimiento escrito de los padres, y necesitó realizarse una segunda operación para retirar los restos del tumor no extirpados. En esta segunda operación no se obtuvo el

⁹ CADENAS OSUNA, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad Médica*, Dykinson, Sevilla, 2018, p. 244.

consentimiento parental por escrito, sino de forma verbal por el médico, informando los que riesgos serían los mismos que los de la primera intervención. Hubo complicaciones en esta última operación y el menor tuvo que someterse una tercera intervención, aunque para esta así se obtuvo el consentimiento por escrito de los padres.

En cambio, el estado de salud físico y neurológico del niño se deterioró de forma brusca e irremediamente. Los padres interpusieron una reclamación por responsabilidad patrimonial, alegando la mala praxis médica, unido a que no se les había informado adecuadamente, es decir, no habían prestado el consentimiento por escrito de la segunda intervención. Primeramente, lo presentaron ante la Consejería de Sanidad y a falta de respuesta, los padres interpusieron un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, el cual fue desestimado. Se consideró que, en relación con la segunda operación, constaba en el expediente administrativo el testimonio del responsable sanitario, en el que había informado de forma verbal sobre esta segunda intervención a los padres y había obtenido el consentimiento oral de los padres. Además, los magistrados entendieron que la reintervención era necesaria, no existiendo otra alternativa. Los progenitores recurrieron ante el Tribunal Supremo, el cual desestimó la casación, basándose en los mismos argumentos que el TSJ de Murcia, y reiterando que el consentimiento verbal es tan válido como el escrito. También acudieron al Tribunal Constitucional, que terminó denegando el recurso de amparo por falta de relevancia constitucional.

Habiendo agotado la vía interna, decidieron presentar la causa ante el TEDH, alegando que el Estado español había vulnerado el artículo 8 CEDH sobre el derecho a la vida privada y familiar, ya que no recibieron la información completa y adecuada de las intervenciones quirúrgicas realizadas al menor y, por tanto, no habían podido prestar su consentimiento libre e informado por escrito como exige la legislación nacional. El TEDH supedita la validez del consentimiento informado: por una parte, en la comunicación del médico al paciente de los riesgos de la operación; y en otra parte, que el paciente comprenda los riesgos que asume con la operación, configurando así el consentimiento informado. Nos remite a nuestro derecho interno, en específico en artículo 8.2 LAP que señala que “prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de

procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

Si continuamos con el artículo 8.3 LAP, el consentimiento escrito será necesario para cada una de las actuaciones descritas en el segundo párrafo. Exceptuando sólo la existencia de un riesgo para la salud pública, o un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo sin que sea posible conseguir su autorización, ni la de sus familiares o personas vinculadas de hecho a él. Finalmente, concluye el TEDH que, el hecho de que en el expediente constara el testimonio del médico al cargo no supone un argumento firme como para dar por hecho que la familia había sido informada, para concluir que los padres del paciente habían sido debidamente informados y que consintieron la operación. Como consecuencia, las autoridades nacionales fueron incapaces de justificar el incumplimiento de la obligación de obtener el consentimiento informado por escrito respecto de la segunda operación, tal y como establecía la LAP, y por tanto consideró que el Estado español sí que vulneró el artículo 8 CEDH. Bien concluye en este artículo doctrinal “el daño que fundamenta la responsabilidad es resultado de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre las consecuencias que una intervención podría ocasionar y de la materialización de un riesgo. Por este motivo, la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica y no entre la negligencia del médico y el consiguiente daño a la salud de la paciente”

Esta sentencia del TJUE sirve para advertir al resto de organismos judiciales europeos, el peligro de flexibilizar el cumplimiento de las normas, que puede afectar a derechos fundamentales del ser humano¹⁰.

Asimismo, todo paciente tiene derecho a ser informado sobre los procedimientos de diagnóstico, pronóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que no podrá suponer riesgo adicional para su salud.

¹⁰ LOPEZ, J., y DE LA SERRANA, G.: El daño por falta de consentimiento informado en el ámbito sanitario. 2022. .: «El daño por falta de consentimiento informado en el ámbito sanitario», *Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 8/Año 58, 2022. Disponible en: <https://www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/el-dano-por-falta-de-consentimiento-informado-en-el-ambito-sanitario/>

Y, por último, el paciente o usuario puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

Siguiendo esta línea, hemos de establecer cuáles son los límites del consentimiento informado que vienen referidos en el artículo 9 LAP, esto es, los casos en los que se permite llevar a cabo una actuación sin contar con la autorización previa del paciente; y los supuestos de consentimiento por representación.

El paciente tiene derecho a no ser informado, casi sin excepción. Las excepciones son con respecto a informar a otros (colectividad, terceros), pero no hay que forzarle a recibir información cuando no quiere recibirla.

Tomemos por ejemplo a una mujer que padece cáncer de mama. La paciente no quiere saber nada relacionado con las intervenciones médicas que se tiene que someter para curar su enfermedad, simplemente quiere continuar y disfrutar su vida. Claramente, hay que respetar su decisión de no ser informada; pero debida a su situación, es de vital importancia que se le opere para que se le pueda extirpar el pecho, con el fin de que no se expanda más el tumor por el resto de su organismo. Esta, al no recibir la información, no puede dar su consentimiento sobre si quiere o no someterse a la intervención ya que no sabe a qué operaciones se tiene que someter ni en de qué consisten; por tanto, deberán de informar a sus familiares sobre el estado de salud del paciente, ya que posteriormente serán estos quienes decidan si se somete o no a la operación.

Existen ciertos casos en los que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su consentimiento. Es decir, los casos de exención de recabar el consentimiento previo a la intervención del sanitario:

a) Existencia de riesgo para la salud pública. Atendiendo al artículo 43.2 CE, podemos ver cómo se atribuye a los poderes públicos la competencia para “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.” En el artículo 9.2.a) LAP contempla una de las medidas que el legislador estatal pretende garantizar la protección de la salud pública, legitimando la imposición de actuaciones médicas cuya omisión pueda poner en riesgo la salud pública. Siguiendo en

este apartado, la actuación médica no consentida únicamente está justificada cuando sea necesario para la protección de la salud pública y responda a una razón sanitaria.

De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, permite a las Administraciones Públicas tomar medidas para proteger la salud pública y prevenir su deterioro en situaciones de urgencia o necesidad. Las autoridades sanitarias competentes pueden tomar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control si existe un peligro para la salud pública debido a una situación sanitaria específica. Si se requiere el internamiento forzoso por razones de salud, debe comunicarse a la autoridad judicial. Además, las acciones médicas voluntarias están limitadas a la esfera de la medicina terapéutica y no pueden ser impuestas por razones de salud pública o individual del paciente¹¹

b) Existencia de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo. En atención al artículo 9.2.b) LAP, el responsable sanitario puede realizar las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin precisar de su consentimiento, sólo cuando exista “riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización” como excepción a la norma general de consentimiento del paciente. Podemos contemplar en este artículo, que existen dos condiciones esenciales para que pueda excepcionarse el consentimiento informado del paciente. Una de ellas es la concurrencia de un supuesto de emergencia, es decir, un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del paciente. Únicamente en las situaciones de emergencia el responsable sanitario no necesita recabar el consentimiento del paciente. En cambio, en los supuestos de urgencia, cuando el riesgo no tiene esa condición de inminencia y/o gravedad, deberán seguir las normas generales del consentimiento informado y el consentimiento por representación.

El segundo requisito de este artículo es que no sea posible conseguir la autorización del paciente para la intervención. Este inciso se refiere a que, en ciertas situaciones, el paciente no goza de capacidad suficiente para prestar su consentimiento. Podemos tomar como ejemplo a una persona que se encuentra estado de inconsciencia, en la que debido a su situación no puede prestar su consentimiento, pero al ser una circunstancia grave e

¹¹ CADENAS OSUNA, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad Médica*, Dykinson, Sevilla, 2018, pp. 238-240.

inminente del peligro que puede provocar un retraso en la intervención médica, el legislador directamente legitima a los responsables sanitarios para actuar incluso sin haberles sido otorgado el consentimiento informado del paciente o el consentimiento por representación. En cambio, si se da el hecho de que el paciente tenga la suficiente capacidad como para tomar decisiones y haya sido informado adecuadamente en función de sus necesidades, es el único legitimado para otorgar el consentimiento para la actuación médica.

Concurriendo estos dos primeros requisitos, los facultativos quedan legitimados para llevar a cabo las intervenciones que sean indispensables para eliminar el riesgo inmediato y grave que afecta a la integridad física o psíquica del paciente.

Finalmente, exige el artículo que los responsables sanitarios tienen el deber de consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a los familiares o a las personas vinculadas de hecho al paciente.

De esta norma, podemos concluir que la consulta a los familiares o personas vinculadas de hecho no supone, en modo alguno, que sean ellos quienes hayan de otorgar el consentimiento por representación, ya que queda excluido por la propia situación de emergencia; más bien supone, que la consulta busca informar a los parientes más cercanos al paciente e intentar recabar en ellos algún indicio que sirva para afirmar cuál sería la voluntad del paciente sobre las intervenciones que se deban realizar en su situación actual.

No podemos olvidar que, en caso de que el paciente sí goce de capacidad suficiente para decidir personalmente sobre su estado de salud, y haya negado la actuación médica, las intervenciones realizadas por el personal sanitario no serán legitimadas, es decir, no está legamente justificado la actuación médica no consentida.

Como bien articula en el artículo 9.2 b), en caso de que haya un peligro inmediato y serio para la salud física o mental del paciente y no sea posible obtener su consentimiento, se buscará consultar a sus familiares o personas cercanas en la medida en que las circunstancias lo permitan. Esto se hace para tomar decisiones necesarias en protección de la integridad del paciente.

De acuerdo con el artículo 4.5 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, que regula las profesiones sanitarias, los profesionales sanitarios deben orientar su actuación hacia el servicio a la sociedad y el cuidado de la salud e interés del ciudadano al que brindan atención. Además, deben cumplir de manera estricta con las obligaciones éticas establecidas por su profesión según la legislación vigente, y seguir los criterios de práctica habitual o, en su caso, los estándares generales de su campo profesional.¹²

Se podría decir que es un deber que tiene el responsable sanitario el actuar sin el consentimiento del paciente o representantes legales; ya que busca el interés y salud del ciudadano, aunque esto suponga una vulneración de la prestación del consentimiento del paciente o alegados. Sus actuaciones siempre tendrán que buscar el mayor beneficio a la sociedad.

Resulta de gran interés el artículo 11 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Salud de la Comunitat Valenciana ya que, a diferencia de la LAP, establece plazos para que la persona pueda reflexionar y pensar sobre si desea o no someterse a la intervención, si quiere asumir los riesgos, si desea cambiar el centro sanitario para someterse a las operaciones... Este plazo es razonable para que el paciente tomar una decisión madura.

Por último, hemos de comentar si existe cierta analogía con actuaciones de medicina satisfactiva, al no perseguir una finalidad terapéutica. La medicina satisfactiva es aquella medicina que no se práctica con pacientes enfermos, sino quienes quieren realizarse un cambio estético o funcional en su cuerpo, y cuya justificación no viene de la necesidad, sino de la voluntad del paciente. Por tanto, las excepciones previstas en el artículo 9.2 LAP no son aplicables en medicina voluntaria; es decir, las intervenciones de medicina satisfactiva siempre deben ir precedidas del consentimiento informado del paciente, sin ningún tipo de excepción legal¹³

En lo que refiere a consentimiento por representación, que viene descrito en el 9.3 LAP se puede dar lugar cuando concurren los siguientes supuestos:

¹² CADENAS OSUNA, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad Médica*, Dykinson, Sevilla, 2018, pp. 340-346

¹³ Disponible en: <https://www.fundeu.es/consulta/medicina-satisfactiva-satisfactoria/>

a) En situaciones en las que el paciente no pueda tomar decisiones debido a su estado de salud o incapacidad, en las que el médico responsable determinará si está en condiciones de hacerse cargo de su situación. Si el paciente no tiene un representante legal designado, las personas cercanas a él, ya sea por lazos familiares o de hecho, podrán prestar su consentimiento en su nombre. En estos casos, nos referimos a los escenarios en los que una persona se encuentra en una situación de incapacidad natural que le impide tomar decisiones. Esto sucede cuando, por ejemplo, una persona ha tenido un accidente automovilístico y pierde el conocimiento debido al impacto; y necesita una intervención de urgencia. La persona temporalmente no está en sus plenas capacidades para prestar su consentimiento; por tanto, precisará de representante legal (si es designado), familiares o personas vinculadas por razón de hecho, para que puedan prestar su consentimiento, ya que estas son las personas legitimadas para actuar en su nombre. No podemos olvidar que el consentimiento por representación otorgado a el representante legal, familiares o personas vinculadas de hecho, puede ser revocable en cualquier momento y en interés del paciente.

b) Cuando el paciente sea declarado incapaz judicialmente por sentencia. En cuanto a los términos empleados en este artículo, están completamente desfasados. Tras la modificación de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, el término de “incapacitado judicial” ya no existe. Todas las personas poseen capacidad jurídica para tomar decisiones, son titulares de sus derechos y pueden ejercitarlos. Y en caso de las personas con discapacidad intelectual, como por ejemplo puede ser una persona que padece de síndrome de Down, en ciertas ocasiones necesitará de otras que le asistan, es decir, de medidas de apoyo para tomar decisiones. Por tanto, en este precepto deberemos entender que el consentimiento por representación se dará cuando una persona con discapacidad precise de medidas de apoyo para que se otorgue su consentimiento. En este supuesto, se les informará a los familiares sobre las actuaciones sanitarias que se deben ejercitar, para que estos finalmente decidan representar el consentimiento del paciente.

Podríamos concluir, por tanto, que entre los artículos 5 y 9 de la LAP existe una gran conexión. Ya que, por una parte, los sujetos a conocer la información asistencial (además del paciente) y los que prestan el consentimiento por representación, son los mismos.

Como anteriormente hemos indicado, el titular del derecho a la información asistencial es el paciente; y en caso de que este lo permita de manera expresa o tácita, lo serán también los familiares o personas vinculadas de hecho. Y lo mismo ocurre cuando se otorga el consentimiento por representación, pues son los familiares o personas vinculadas por razón de hecho las que deciden en su nombre. Por tanto, esta ley permite primeramente que se les informen a las personas vinculadas al paciente, ya que posteriormente, como hemos visto en estos casos de representación del consentimiento, serán estos quienes decidan sobre las actuaciones médicas a realizar al paciente. Así, si no se les informa a los vinculados sobre las intervenciones, riesgos, contraindicaciones o estado de salud del paciente, no podrán tomar la mejor decisión sobre las actuaciones médicas a realizar; en otras palabras, no podrán buscar el mayor beneficio del paciente.

Y, por otro lado, podemos observar que la “incapacidad” descrita en el artículo 5.2, es la misma a la que se refiere el artículo 9.3 b) “capacidad modificada judicialmente”. Ambos preceptos hay que interpretarlos en consonancia con el régimen establecido en la Ley 8/2021 y entender que se refieren a las personas que precisan de medidas de apoyo para tomar decisiones; que en este caso los familiares o personas vinculadas de hecho, tienen derecho a recibir información asistencial del paciente, y otorgan su consentimiento.

Dejaremos al margen los artículos 9.3 c), 9.4 y 9.5 de la LAP para tratar de explicar estos supuestos relacionados con los menores de edad en otro apartado.

Debemos también analizar el artículo 9.6 LAP, sobre la actuación que deben adoptar los representantes legales sobre el estado de salud y vida del paciente; y, las soluciones que se deben de adoptar cuando concurra un conflicto de intereses entre el paciente y el representante: cuando se requiera el consentimiento del representante legal o de personas con vínculos familiares o de hecho en situaciones especificadas en los apartados 3 a 5, la decisión tomada debe priorizar siempre el mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Si alguna decisión va en contra de esos intereses, se debe informar a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal para que tome la resolución adecuada. Sin embargo, en casos de urgencia en los que no se pueda obtener la autorización judicial, los profesionales de la salud tomarán las medidas necesarias para proteger la vida o salud del paciente, amparados por las justificaciones legales de cumplimiento de un deber y estado de necesidad.

Para lograr una mayor comprensión del presente artículo, nos dispondremos a analizar el auto nº 220/21 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº4 de Massamagrel del 18 de abril de 2021. Los fundamentos jurídicos se basan en que, el centro residencial Savia Albuixech solicitó por el juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 4 de Massamagrell, la autorización para proceder a la vacunación contra el COVID-19 a una persona incapacitada, dada a la negativa de la tutora. En primera instancia, el juzgado desestimó la causa debido a que no hallaron razones médicas para vacunar forzosamente a la persona: era relativamente joven, no se hallaba ingresada por padecer una situación clínica grave, y no padecía ninguna de las patologías que pudiera suponer un riesgo grave para la salud en caso de contagio por COVID-19. Debemos tener en cuenta que, la vacunación, en un principio, es voluntaria de acuerdo con la Estrategia de Vacunación frente a la COVID.19 emitida por el Grupo de Trabajo técnico de Vacunación de la ponencia de Programas y Registro de Vacunaciones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Si continuamos la disposición tercera de la sentencia, establece que deberá de tenerse en cuenta las siguientes circunstancias: la persona a vacunar es una mujer de 42 años que vive en una residencia de mayores desde 2014; tiene varias patologías, pero es independiente en la mayoría de las actividades diarias y presenta una disminución cognitiva leve; está “incapacitada legalmente” y su hermana actúa como tutora según una sentencia. Este término de “incapacitado judicial” está actualmente obsoleto, por tanto nos referimos como a una persona con discapacidad que precisa de medidas de apoyo, que en este caso la ayuda complementaria es su hermana; los informes médicos de la residencia y del médico forense indican que no hay contraindicaciones médicas para la vacunación contra el COVID-19 y que la paciente no presenta patologías que impidan la vacunación; también destacan que la población de la residencia es de alto riesgo, por lo que es crucial vacunar a todos para proteger su salud. La tutora decidió no vacunar por temor a las reacciones de otros hermanos que se oponen y, durante la audiencia, la persona a vacunar expresó su deseo de recibir la vacuna para evitar enfermarse o morir.

La Sala concluyó que se debía autorizar la vacunación debido a que: primero, en autos no existía contraindicación para la administración de la vacuna; segundo, el paciente tiene un alto riesgo al estar encerrado con personas en una residencia con una población de alto riesgo; tercero, existen altos índices de infección y mortalidad a causa del COVID-19 en

las residencias; y, por último, la persona a expresado claramente, en un examen ante el juez de instancia, la voluntad de vacunarse.

Por tanto, se acude en un principio al artículo 9.6 LAP, ya que la tutora legal no estaba dispuesta a adoptar una decisión con mayor beneficio para la vida o salud del paciente, prefería correr el riesgo de un posible contagio por COVID-19 de la paciente, que podría resultar mortal para ella, y, además, suponer un riesgo también al resto de población residente en el centro que estaba interna. Existía un conflicto de intereses entre la paciente y la tutora legal, ya que la paciente si se quería someter a la vacunación, y la tutora negaba tal disposición. Por tanto, la autoridad judicial fue quien adoptó la resolución correspondiente.

Además de aplicarse a nivel estatal el artículo 9.6 la LAP, se acude al artículo 43.6 de Ley 10/2014 de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, en el que establece que en situaciones en las que exista un desacuerdo entre un paciente menor de edad, pero con capacidad natural de juicio y discernimiento, y sus padres o representantes legales, el médico seguirá las leyes civiles correspondientes. Si las acciones o decisiones de los padres o representantes legales se consideran perjudiciales para el menor o la persona incapacitada, se notificará a la autoridad competente de acuerdo con la legislación civil, a menos que haya circunstancias urgentes que impidan obtener una autorización judicial. En tales casos, el personal médico tomará las medidas necesarias para salvaguardar la vida o la salud del paciente, basándose en las causas que justifiquen el cumplimiento de un deber y la situación de necesidad.

Por tanto, la voluntad de la paciente de vacunarse supone la identificación de la mayor protección y del mejor beneficio de su salud, debiendo quedar al margen otra consideración de Salud Pública. La sala difiere de la valoración del juez de instancia, ya que la administración de la vacuna supone, un “beneficio incontestable” suponiendo una mejoría para la salud y la vida del paciente.

Es de especial interés mencionar la Sentencia N° 30/2023 del Tribunal Constitucional ya que consideró adecuadas las autorizaciones judiciales que se realizaron para el suministro de vacuna anti COVID-19 a las personas con discapacidad al amparo de la LAP. En esta sentencia, el TC desestimó un recurso de amparo presentado contra la autorización de la administración de la vacuna contra el COVID-19 a una mujer de edad avanzada con

demencia severa. El Tribunal consideró que la vacunación entra dentro de la autodeterminación garantizada por el derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 15 CE, pero también reconoció que puede tener efectos secundarios adversos y suponer un riesgo para la salud. Por tanto, una vacunación no consentida debe cumplir requisitos de restricción del derecho a la integridad personal y superar un juicio de proporcionalidad. Aunque, esta vacunación puede perseguir finalidades legítimas, como proteger a la persona afectada y promover la salud colectiva en contextos epidémicos. Por tanto, entendió que las resoluciones judiciales autorizando la vacunación hicieron una ponderación adecuada de los intereses de la persona con discapacidad, al carecer de capacidad para expresar su voluntad y considerar que los beneficios de la vacunación superaban los perjuicios en términos de protección de su salud individual¹⁴.

También cabe decir que, quizás, las consecuencias de no someterse a la vacunación podrían ser más negativas, ya que la paciente se encontraba en un entorno con personas de alto riesgo en la residencia, y además, con el tránsito de diversas personas, médicos y familiares.

Hay que considerar también que, las vacunas que se administran en España están autorizadas por la Agencia Europea del Medicamento y la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios. Están sometidas a un continuo seguimiento, para garantizar la calidad, seguridad y eficacia; además, los beneficios de su administración superan los riesgos derivados de contagio, suponiendo una mejoría en la salud y vida de las personas; incluso consiguiendo reducir el número de contagios y defunciones de COVID-19 en España.

También en esta sentencia, entra en juego el artículo 9.7 LAP: la autorización otorgada a través de un representante se ajustará a las circunstancias y será adecuada a las necesidades que deban ser cubiertas, siempre en beneficio del paciente y respetando su dignidad personal. En la medida de lo posible, el paciente participará en la toma de decisiones durante todo el proceso de atención médica. Si el paciente tiene alguna discapacidad, se le proporcionarán las ayudas necesarias, incluyendo información en

¹⁴ Disponible en:

https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2023_030/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2030-2023.pdf

formatos apropiados, siguiendo los principios de diseño universal, para que sean accesibles y comprensibles para las personas con discapacidad, con el fin de fomentar su capacidad de otorgar su consentimiento de manera independiente.

A pesar de tener una discapacidad intelectual, a consecuencia de tener síndrome de Down, es una paciente que actúa con independencia en la mayoría de las actividades de la vida diaria y tiene una disminución cognitiva muy leve, según el médico de la residencia. Por tanto, tiene el derecho de participar en la toma de decisiones que convengan a lo largo de su proceso sanitario; si la persona desea personalmente someterse a la vacuna, tiene el derecho de poder hacerlo, además supone una mejoría para el estado de salud y vida del paciente; y un “alivio” para las personas residentes del centro, que aparte de ser una población de alto riesgo, se evita la propagación y el contagio del virus.

No podemos olvidar que la información deberá venir en formatos adecuados y comprensibles para el paciente, debido a que este padece de una discapacidad intelectual, con el fin de favorecer que pueda presentar su consentimiento.



II. El consentimiento informado de los menores de edad

1. Tratamiento de los menores de edad en la Ley 41/2002

Deberemos tener en cuenta 2 preceptos muy importantes en la LAP sobre el tratamiento de los menores en el ámbito de su salud.

El primero, es el artículo 5 LAP, que regula quien es el titular del derecho a la información asistencial: el paciente es el titular del derecho a la información, y en caso de que este lo permita, también se comunicará a las personas vinculadas al mismo. Será informado de manera adecuada, incluso si precisa de medidas de apoyo, se adaptará la información a su nivel de comprensión y también informando a su representante legal. Y, en caso de que el paciente no puede entender la información debido a su estado físico o mental, se informará a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, según el criterio del médico.

El derecho a la información sanitaria del paciente puede ser limitado en casos de necesidad terapéutica, cuando el conocimiento de su situación pueda perjudicar gravemente su salud. En estos casos, el médico dejará registro de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas relacionadas con el paciente.

Por tanto, en este precepto, podríamos interpretar como analogía en el artículo 9.3 c) LAP, que los menores de edad que carezcan de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico no podrán otorgar su consentimiento personalmente. Es decir, deberán informar al representante legal. Los menores no podrán ejercer ninguna actuación sanitaria en nombre propio ya que no poseen la madurez suficiente como para tomar decisiones que les conciernen en el ámbito de su salud.

Se deberían de incluir por tanto a los menores de 12 a 16 años cuando, a criterio del médico responsable, no posean la madurez suficiente para tomar decisiones que les conciernen en el ámbito de su salud. Al igual ocurriría con las personas mayores de 16 años, que en general ya actúan con el mismo estatuto jurídico que las personas mayores de edad, pero se precisará de representante legal cuando la intervención médica suponga un riesgo grave para la vida del menor y para la salud pública. En estos supuestos, la información deberá de extenderse a otras personas, ya que son estas las que representarán posteriormente el consentimiento del menor. Y, en caso contrario, cuando sea plenamente capaz de tomar decisiones, la única persona que tiene derecho a ser informado es el paciente como expresión de su derecho a la intimidad.

Por tanto, podríamos decir que el legislador no ha proporcionado de forma clara la información ya que, aunque no mencione a los menores en este artículo, análogamente deberemos aplicarles en este precepto.

También entra el juego el artículo 9 LAP, sobre los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

Como hemos explicado anteriormente, existen 3 situaciones en las que se precise de representante legal para consentir la información. Estas vienen estipuladas en el artículo 9.3 LAP: la primera situación se aplica cuando el paciente no tiene la capacidad para tomar decisiones según el criterio del médico responsable; la segunda es cuando “sea incapacitado judicialmente” que como señalamos, este concepto está desfasado y

deberemos interpretarlo como personas con discapacidad que necesiten medidas de apoyo para tomar decisiones; y la última se da cuando paciente menor de edad no posea la suficiente madurez como para comprender el alcance de la intervención. En este momento, nos ocuparemos de este último escenario.

En este sentido, señala la Ley que cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo prestarán sus representantes legales, después de haber escuchado su opinión. Debemos hacer dos distinciones de este precepto:

- En caso de que el paciente sea menor de 12 años, no podrá otorgar su consentimiento con carácter general. No tienen derecho a ser oídos ni a decidir sobre su ámbito de salud. Únicamente serán los padres o tutores legales quienes puedan representar el consentimiento del menor.

En otro orden de cosas, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. Por un lado, para prestar consentimiento en los ensayos clínicos, los menores de edad no podrán otorgarlo personalmente, sino que es necesario el consentimiento del representante legal. Además, se exige poner en conocimiento al Ministerio Fiscal las autorizaciones de estos ensayos clínicos. Esta prohibición del menor a otorgar personalmente su consentimiento para los ensayos clínicos se debe a que tiene que ver con el carácter experimental, y no sólo terapéutico. Por tanto, los ensayos sin finalidad terapéutica tienen carácter excepcional para el menor, exigiendo ciertos requisitos adicionales como garantizar que las medidas que se adopten sean de mínimo riesgo o, del ensayo, se pueda extraer información relevante para conocer el estado de salud o enfermedad que se investiga y no puedan ser obtenidos por otra vía.

Por otro lado, sobre las técnicas de reproducción asistida, nos centraremos en lo que respecta porque los menores de edad no pueden someterse a dichas prácticas. Según señala el artículo 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; sobre los donantes y contratos de donación, estos deberán ser mayores de 18 años, en buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Por tanto, los menores claramente no tendrán el derecho de donar gametos y preembriones debido a su edad, no ésta permitido por ley ni siendo menor emancipado. La misma situación ocurre

en el artículo 6.1 LTRHA sobre los usuarios de las técnicas, ya que establece por ley que toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas, siempre que haya prestado su consentimiento por escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. No se permite a los menores de edad ser receptores o someterse a esas técnicas debido a que no viene establecido por ley. Además, tampoco cabe otorgar el consentimiento por representante legal, ya que se exige la plena capacidad de obrar de la receptora o usuaria y una utilización del consentimiento escrito de forma libre, consciente y expresa¹⁵.

- En cuanto a los menores con 12 años cumplidos y hasta los 16 años, el consentimiento debe de otorgarse por representación cuando el menor no sea capaz de comprender el alcance de la intervención, debiendo de prestarse su representante legal para otorgar el consentimiento tras escuchar la opinión del menor. Aunque, si el menor reúne las condiciones de madurez suficientes para entender el alcance de la intervención, podrá otorgar personalmente el consentimiento informado.

Sin embargo, cierto es que, cuanto menor edad del paciente, menores son también sus posibilidades de reunir el grado de madurez suficiente para decidir. Aunque existen supuestos en los que, si reúne las condiciones de madurez suficientes, si podrá tomar decisiones propias que convengan con su salud.

Podemos tomar como ejemplo el Auto dictado el día 21 de febrero de 2022 con el núm. 55 por el Juez del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 3 de Nules en los autos de Jurisdicción Voluntaria seguidos en dicho Juzgado con el número 850 de 2021. Los antecedentes de hecho de este auto se resumen básicamente en que existe un conflicto entre los padres de un menor, sobre el sometimiento o no a la vacuna contra el COVID.19. El padre desea que al hijo se le suministre una dosis de la vacuna, ya que supone una mejoría en la salud y vida del menor; y además, evita que su hijo se contagie y se siga propagando el virus. En cambio, la madre, se opone completamente a la decisión que quiere tomar su exmarido. El padre acude a la autoridad judicial, para que pueda estimarse su petición como facultativo por sí solo y en exclusiva, para decidir sobre la vacunación

¹⁵ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ M.P. *La mayoría de edad sanitaria. Excepciones y estudios las mismas*, Murcia, 2005, pp. 14-18

contra el COVID-19 al menor. Efectivamente, esta petición se estima a favor del padre, convirtiéndole así el único representante legal para prestar consentimiento del menor.

Por tanto, entra en juego aquí el artículo 9.3 a) ya que, por un parte, el menor no es capaz de tomar decisiones a criterio psíquico, ya que es un niño y no tiene la madurez suficiente como para tomar decisiones que convengan con su salud, aunque claramente, tiene derecho a ser oído y a tener en cuenta sus opiniones. Siempre se tomarán decisiones que suponga un beneficio para el paciente incapaz.

Y, por otro lado, el representante legal en este caso es el padre ya que es la persona vinculada por razón familiar. Además, supone un ejercicio de la patria potestad el representar el consentimiento del menor; al igual que el deber de estar con el hijo, cuidarle, protegerle, alimentarle, procurarle información, administrar sus bienes y educarles.

El hecho de aceptar esta medida terapéutica significa una pérdida en el ámbito espiritual, se les presenta como intolerable. Por esta razón, tanto el hijo como los padres se negaron a la actuación médica.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional sostiene dos ideas fundamentales: los menores de edad son titulares plenos de los derechos a la integridad física y la libertad religiosa. El pronunciamiento judicial estipuló que, como el menor poseía la suficiente madurez para entender el alcance de la intervención, podía rechazar una intervención médica, con independencia de su carácter vital. Y, en caso de que el paciente menor de 12 años no presente la madurez suficiente para entender el alcance de la intervención, corresponderá entonces a su representante legal el otorgamiento del consentimiento por representación, sin la necesidad siquiera de escuchar la opinión del menor antes de decidir.

- En casos de los que se trate de menores emancipados o mayores de 16 años con suficiente madurez para entender el alcance de la intervención, no cabe prestar el consentimiento por representación. Aunque si se trata 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 de este.

Es decir, cuando el paciente sea menor emancipado o mayor de 16 años podrá prestar su consentimiento personalmente, requiriendo solo de representante legal en el caso de que sea una persona con discapacidad que necesite medias de apoyo para tomar decisiones; o, sea incapaz de comprender el alcance de la intervención. El menor emancipado o mayor de 16 años, como norma general, tiene el mismo estatuto jurídico que las personas mayores de edad. Aunque en el caso de los menores de edad emancipados, se deben de observar ciertos matices, ya que por ejemplo no pueden hacer todo tipo de contratos como pedir préstamos; o gravar o enajenar bienes inmuebles, e incluso abrir establecimientos industriales o mercantiles.

No podemos olvidarnos que, en el presente artículo, hace una excepción sobre las actuaciones que suponen un grave riesgo para la vida o salud del menor, que, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal una vez oída y tenida en cuenta la opinión de este. En estos casos, las actuaciones de grave riesgo son aplicables por igual a todos los pacientes menores de edad, con independencia si son emancipados o son mayores de 16 años.

Podemos tomar como ejemplo, una operación de extirpación de adenoides o comúnmente conocida como “vegetaciones”, en estas situaciones el menor sí podrá prestar su consentimiento ya que no supone una operación de vida o muerte; es una intervención bastante sencilla que no supone ningún riesgo al menor. En cambio, si el paciente tiene por ejemplo problemas con el ritmo cardiaco y se necesita realizarle una operación de corazón abierto, serán los padres o tutores quienes decidan ya que es una actuación de grave riesgo para la vida del menor.

2. El principio de interés superior del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero

Atendiendo el artículo 2 LOPJM, nos encontramos con unos de los principios más importantes en la vida del menor, los que priorizan sus intereses para determinar qué actuaciones se van a realizar en cualquier ámbito de su vida.

En resumen, todo menor tiene el derecho a que se valore y considere su interés superior como prioridad en todas las acciones y decisiones que le afecten, tanto en el ámbito público como en el privado. Se deben aplicar estas consideraciones en la legislación y normas relacionadas, así como en las medidas adoptadas por instituciones públicas o

privadas, tribunales y órganos legislativos. Además, se han de tener en cuenta ciertos criterios generales para interpretar y aplicar el interés superior del menor, como la protección de su vida, supervivencia y desarrollo, la consideración de sus deseos y opiniones, la importancia de un entorno familiar adecuado y libre de violencia, la preservación de su identidad y cultura, entre otros.

Estos criterios se evaluarán conjuntamente, respetando los principios de proporcionalidad y necesidad, de forma que no límite más los derechos que se amparan. Se tendrá en cuenta en cuenta factores generales como la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación, el tiempo transcurrido en su desarrollo, soluciones para que se dé efectiva la integración y desarrollo del menor en la sociedad, el tránsito a la vida adulta e independiente; y, cualquier otro elemento que sea pertinente y respeten sus derechos.

En los casos en los que exista otro interés legítimo junto al interés superior del menor, deberán de respetarse, en la mayor medida posible, los otros intereses de los presentes. Sí no se puede respetar ambos intereses, prima el interés superior del menor sobre cualquier otro, y deberá valorarse los derechos fundamentales que se pueden ver afectados por las otras personas si se adoptan las medidas que favorezcan al menor.

Las medidas y resoluciones judiciales que se adopten en interés superior del menor deberán de respetar ciertas garantías: el derecho del menor a ser informado y oído, participando en el proceso cuando se considere legalmente; intervención de profesionales para determinar las necesidades de los niños con discapacidad; la participación de los padres o tutores legales en caso de que hubiera discrepancia entre ellos y el Ministerio Fiscal por la defensa de los intereses del menor; la motivación de los criterios empleados para tomar las decisiones; y recursos que permitan revisar las medidas adoptadas en caso de que no se haya priorizado el interés superior del menor o exista alguna circunstancia que hagan necesario revisarla. Además, los menores tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita, eso sí, cuando venga establecido por ley.

Este principio tiene plasmación en el artículo 9.3 c) LAP, en el que se establece que el consentimiento será otorgado por los representantes legales o familiares cuando el paciente sea menor de edad e incapaz de comprender el alcance de la intervención; eso

sí, para esta decisión deberá haberse escuchado previamente su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LOPJM.

Vemos que, a pesar de que no puede otorgar personalmente su consentimiento, en los casos de que sea menor de 12 años o no posea la madurez suficiente como para comprender el alcance de la intervención, es de gran importancia su opinión. Podríamos tomar como ejemplo, un niño de 11 años que ha de operarse de apendicitis. El padre se niega a tal disposición, ya que teme de que su hijo no se despierte de la anestesia, pero el menor manifiesta tanto a sus progenitores como al médico responsable, que no aguanta el dolor y que necesita que le intervengan de inmediato. En este caso, como prima el interés superior del menor, deberá de someterse a la operación, aunque el padre no esté de acuerdo con esta actuación; además de que esta operación es vital para su vida y supone una mejora de su salud.

El principio del interés superior, en definitiva, implica todas las cuestiones relacionadas con un menor de edad, se ha de primar aquella solución que genere un mayor interés al mismo. Imaginemos que un menor se debe someter a una intervención sanitaria, pero este se niega a tal disposición. Dependiendo del tipo de intervención:

- Si es necesaria para mantener al menor con vida, con carácter general, el interés superior del mismo exige que se realice y que, por tanto, no se respete su autonomía. A modo de ejemplo, supongamos que a un menor de 13 años le ha sido diagnosticado de leucemia, y tiene que someterse a varias sesiones de quimioterapia para que se cure su enfermedad. Este comunica a sus padres que no desea ser ingresado en el hospital, ya que le tiene miedo y no quiere separarse de sus amigos del colegio. Atendiendo al artículo 2.a) LOPJM, a efectos de interpretación y aplicación de interés superior del menor, se aplicará el criterio que busque la protección a la vida y supervivencia del menor; ya que, aunque sea cierto que tiene derecho a ser oído y tenido en cuenta en sus opiniones, como es contraía a su interés, no se tiene en cuenta su autodeterminación.

- Si no es necesaria, como regla general, el interés superior del menor requerirá entonces que se respete la libertad de autodeterminación del menor. Podemos tomar como ejemplo, un paciente menor de edad que padece levemente de escoliosis. Actualmente está jugando en un equipo de fútbol a nivel nacional, y se prevé para la temporada que viene ascienda de categoría. El medico recomienda al menor a someterse a una intervención quirúrgica

para corregir la curvatura de su espalda, pero también le ofrece la posibilidad de que asista a varias sesiones con un fisioterapeuta para que se enderece su postura. Los padres creen que es más efectivo la operación para su hijo, ya que soluciona el problema de raíz; pero el menor se niega a la disposición de sus padres ya que eso le impediría a seguir jugando al fútbol durante varios meses, siendo una futura promesa para el equipo. En estas situaciones, como no es vitalmente necesario someterse a una operación debido que no supone un riesgo a su vida o salud, y además, existan otras alternativas que no son tan severas; se tendrá que respetar la voluntad del menor. Si nos dirigimos al artículo 2.b) LOPJM, a efectos de interpretación y aplicación de interés superior del menor, se deberán de considerar sus sentimientos y opiniones, al igual que participación en el proceso de determinación de sus intereses¹⁶.

3. Configuración de la interrupción del embarazo en Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero

En resumen, la ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; se rectifica para ampliar su objeto y abordar aspectos relacionados con la salud, los derechos sexuales y reproductivos, así como la prevención de violencias contra las mujeres en el ámbito reproductivo. Se incluyen definiciones ampliadas y se garantiza el acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones y servicios establecidos en la ley. Además, se añaden nuevos títulos y capítulos para abordar medidas específicas, como la salud durante la menstruación, el apoyo a entidades sin ánimo de lucro y sociedad civil, la interrupción voluntaria del embarazo y la protección de los derechos sexuales y reproductivos. Y, por último, se realizan cambios en disposiciones adicionales y finales, abarcando aspectos como la Alta Inspección, la dispensación gratuita de anticoncepción y el registro de objetores de conciencia, entre otros.

Esta ley es un factor muy importante para nuestro estudio ya que el texto original publicado en 2010, las mujeres de 16 y 17 años podían consentir sobre si deseaban o no

¹⁶ Disponible en:

<https://www.bing.com/search?q=tiempo+tratamiento+corset+escoliosis&toWww=1&redig=BE3278798A874F09B41B64ED5D8D4D00>

<https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/scoliosis/diagnosis-treatment/drc-20350721#:~:text=La%20escoliosis%20grave%20suele%20avanzar,Fusi%C3%B3n%20espinal>

interrumpir su embarazo, se les aplicaba el régimen de los mayores de edad. Teniendo únicamente el deber de informar sobre su decisión a sus padres o representantes legales, exceptuando en los casos en los que la menor fundamente que la noticia pueda provocar un conflicto familiar o una situación de desarraigo. Posteriormente, se suprimió este artículo debido a que con la modificación de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo; se concluyó que las menores no podrán prestar personalmente su consentimiento, podían manifestar su voluntad sobre si interrumpir o no el embarazo, pero el consentimiento expreso lo daría los padres, representantes o tutores legales. Sus argumentos se basaban en varios preceptos del CC en los que establece que estos sujetos están obligados a velar por los menores, con el fin de poder educarles y procurarles una formación integral; por tanto, no podían cumplir con sus obligaciones con los requisitos establecidos en la Ley orgánica 2/2010.

Actualmente, con la modificación llevada a cabo por la Ley orgánica 1/2023, las mujeres a partir de los 16 años pueden interrumpir voluntariamente su embarazo sin necesidad del consentimiento de sus representantes. Además, sin informar sobre su decisión. Únicamente los progenitores o tutores podrán representar su consentimiento cuando sea menor de 16 años y no posea la madurez suficiente como para comprender el alcance de la intervención; eso sí, habiendo escuchado previamente la opinión de la menor antes de tomar una decisión. Al igual sucede con las menores de 16 en situación de desamparo, les será aplicable el artículo 9.3.c) LAP asumiendo la representación del consentimiento la Entidad Pública. Y en los casos en los que haya discrepancia entre la menor de 16 años y los representantes del consentimiento, se deberá resolver el conflicto por la autoridad judicial, debiendo el menor nombrar a un defensor judicial y con intervención del Ministerio Fiscal.

En comparación con la reforma de 2015, claramente podemos observar que no supone simplemente el derecho, de las mujeres a partir de los 16 años, de poder decidir personalmente si proceden o no a la interrupción del embarazo, sino que, además, las menores de 16 años en caso de conflicto de intereses con los representantes pueden acudir ante autoridad judicial para que pueda ser resuelto el conflicto. Por tanto, si cumple todos los cauces legales establecidos y obtiene una resolución favorable a su pretensión, podríamos estar hablando de que las mujeres menores de 16 años podrían tener el derecho

de poder decidir si desean abortar o no. Grosso modo, supondría una libertad de decisión “casi” completa para todas las mujeres sobre si continuar o no con su embarazo.

Ciertamente, existen factores muy importantes como el hecho de que ya no se exija el consentimiento de los padres; porque, imaginemos el caso de una chica de 17 años que está embarazada y conviva con su familia estrictamente religiosa. Esta chica un día decide confesarles a sus padres que esta encinta y desea abortar a su hijo, ya que considera no está psicológicamente preparada para ser madre y no quiere verse vulnerado sus estudios, porque perdería mucho tiempo atendiendo a las necesidades del bebé. Los padres están completamente en contra de su decisión ya que consideran que Dios es el único que puede dar y quitar vida. Por tanto, si no se hubiese modificado la ley, esa chica estaría obligada a dar a luz a su hijo, vulnerando completamente su autodeterminación. Pero gracias a que se llevó a cabo esta reforma, no necesita que los padres presten su consentimiento, no tienen ni la necesidad de tener que informales de que va a abortar.

Aunque esto último, parece ser un hecho muy importante a la hora de someterse a una intervención; el informar a los padres. Cuando una mujer se somete a una operación para poder abortar, lleva consigo consecuencias físicas y psicológicas en las que pueda verse afectada. Supongamos que una chica menor de edad, se somete a una operación para la interrupción su embarazo, sin comentarle absolutamente nada a sus padres, familiares y amigos. En la intervención, surgen complicaciones, que terminan provocándole una peritonitis, que es una enfermedad abdominal muy grave que si no se cura puede resultar mortal. Esta finalmente, como no se la puedo tratar con tiempo, fallece unas horas después. La clínica posteriormente comunica a los padres que su hija no superó la operación, y estos quedan desbastados. Es cierto que es muy poco probable que se den esas situaciones, pero supone un hecho. Consideramos que los padres, aunque no puedan prestar su consentimiento, que al menos exista ese derecho a ser informados sobre la situación de su hija, ya que ellos les pueden asesorar sobre si ven adecuado o no que se someta a la intervención, al igual que les puede ayudar a la hora de escoger un centro médico adecuado a sus necesidades. Como existe un mínimo de riesgo para la vida del menor, los padres tienen completamente el derecho a conocer el estado de salud de sus hijos.

La mujer tiene completamente derecho a decidir sobre su cuerpo, ya que es suyo, pero existen situaciones en las que se puedan verse afectados a terceros debido a la decisión que va a tomar. Por tanto, consideramos que, como ejercicio de su plena voluntad, las mujeres de 16 y 17 años pueden decidir si someterse o no a la interrupción del embarazo. Pero, debe de estar presente alguna vía con la que los padres o tutores conozcan su situación, sepan dónde va a someterse la operación, se les facilite un diagnóstico de consecuencias que se puedan llevar a cabo con la intervención... con el fin de poder asesorar a sus hijos sobre cuales les piensan que son sus mejores opciones y que adoptar decisiones efectivas.

Al fin y al cabo, la familia es un elemento muy importante en la vida del menor. Ya que, para la mayoría, nuestros padres nos han ido guiando a lo largo de nuestra vida, han estado observando nuestro crecimiento personal desde que somos niños hasta que nos convertimos en adultos, y por tanto son las personas más indicadas para poder ayudarnos a tomar decisiones tan cruciales. Su opinión importa, y como personas completamente maduras pueden ayudar a sus hijos a buscar el mayor interés para ellos.

Es un derecho que tiene la mujer, pero a la vez está limitado por el derecho que tienen los padres a conocer sobre el estado de salud de su hija. No puede existir esa falta de comunicación entre padres e hijos, debe de haber un mínimo de información.

Sin embargo, no queda claro si este régimen (al suprimir el apartado quinto del artículo 9) se debe aplicar en todos los supuestos o si, por el contrario, cabe recurrir al principio de interés superior de la menor o al régimen general de la Ley 41/2002 para excepcionarlo. No se puede obviar que, si bien con carácter general podemos pensar que la interrupción voluntaria del embarazo no supone una intervención de grave riesgo, no parece que pueda concluirse siempre en igual sentido. Así, cabe plantear casos en los que, debido a las características de la menor de edad, la interrupción del embarazo suponga un verdadero riesgo para su vida o integridad física.

Y es precisamente en estos escenarios en los que consideramos que, quizás, se puede acudir al artículo 9.4 LAP para evitar la aplicación de la regla a la que hemos aludido. Asimismo, a ello hay que añadir la incidencia del principio de interés superior del menor que, como tuvimos ocasión de comprobar, exige que se adopte la solución que genere un mayor beneficio para el menor de edad. A este respecto, en determinadas circunstancias,

parece razonable pensar que el mencionado interés superior requerirá que, en contra de la voluntad de la menor de edad, decidan sus representantes legales.

III. Principales conclusiones

I. El consentimiento informado es un derecho de todo paciente que está formado por dos facultades: por un lado, la información previa y, por otro lado, el posterior consentimiento. En definitiva, supone que todos los usuarios de centros sanitarios tienen el derecho a decidir de forma libre, voluntaria y consciente sobre todas las cuestiones relativas a su salud.

II. El consentimiento no es un derecho absoluto, tiene excepciones. Los pacientes no podrán prestar su consentimiento cuando la operación suponga un riesgo para salud pública o integridad física o psíquica del paciente, cuando se encuentren en estado de inconsciencia o, como hemos dicho anteriormente, incapacidad natural, precise de medidas de apoyo para tomar decisiones o sea menor de edad incapaz de comprender el alcance de la intervención.

III. El consentimiento puede ser por escrito o forma verbal. La Ley permite que en algunos casos pueda ser por escrito o prestado verbalmente, pero luego el artículo 10 LAP establece que en función de la gravedad de la intervención, existe la obligatoriedad de que se recoja por escrito.

IV. Resulta fundamental definir con precisión el contenido de la información, ya que solamente debe de contener riesgos típicos (no los atípicos o infrecuentes). Si se da información en exceso equivale a la desinformación, además puede viciar la voluntad del paciente la hora de la toma de decisiones. Hay que informar sobre los riesgos probables, no lo improbables.

V. En relación con los menores de edad, podemos decir que con carácter general la edad de decidir son 16 años, aunque existe una excepción si existe un alto riesgo para la salud y vida del paciente. Si el paciente tiene entre 12 y 16 años, el consentimiento debe de otorgarse por representación cuando el menor no posea la madurez suficiente como para comprender el alcance de la intervención. Y, por último, los menores de 12 años no tienen

derecho a prestar su consentimiento, por regla general son los padres o tutores legales quienes deciden.

VI. El régimen de la interrupción voluntaria del embarazo es una materia cambiante que ha estado oscilando a lo largo del tiempo y que en la actualidad la ley lo que hace es establecer la regla de que las mujeres a partir de los 16 años pueden interrumpir voluntariamente el embarazo sin necesidad del consentimiento de los padres. Aunque esta regla de puede excepcionar si la intervención supone un riesgo para la salud del menor, que por tanto en estos casos, serán los padres quienes representen su consentimiento.

VII. En cuanto a los motivos por los que consideramos favorable la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2023, cabe señalar que las personas mayores 16 años o menores emancipados están sometidos, con carácter general, al régimen de las personas mayores de edad. Es decir, podrán decidir personalmente si someterse o no a una intervención, precisando únicamente de representantes legales cuando sea una persona con discapacidad y necesite de medidas de apoyo para tomar decisiones; o, cuando este sea incapaz de comprender el alcance de la intervención. Por tanto, esta disposición se aplica analógicamente a las modificaciones llevadas a cabo en la reforma de la Ley Orgánica 1/2023, ya que las mujeres a partir de 16 años pueden decidir si continuar o no con el embarazo. Así, pueden consentir personalmente si desean someterse a una intervención médica para que puedan abortar. Es un derecho de la autonomía del paciente.

VIII. También supone de gran interés la resolución del recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010, en el que el Tribunal Constitucional concluyó que todas las mujeres gestantes tienen derecho a interrumpir su embarazo. No hace referencia sobre la edad que debe de tener las mujeres para poder abortar, simplemente considera que es un derecho que tienen las mujeres gestantes. Esta sentencia nos ayuda a comprender más aún el motivo por el que no sólo se amplía el rango de edad para que las mujeres puedan prestar su consentimiento, sino que además justifica por qué también se abre el cauce legal para las menores de 16 años, cuando exista discrepancia con los representantes legales, puedan abrir un procedimiento de carácter urgente, y contando con un defensor judicial e intervención del Ministerio Fiscal, con el fin de que se pueda resolver el conflicto. Es un derecho que tienen todas las mujeres para decidir sobre si continuar o no con su embarazo.

IX. En contraposición, podemos observar varios preceptos en la LAP que no tienen ningún tipo de concordancia con las conclusiones que habíamos extraído anteriormente. Para la práctica de ensayos clínicos y técnicas de reproducción asistida, se rigen con carácter general, sobre la mayoría de edad. Esto puede implicar una discrepancia respecto a lo que hemos mencionado anteriormente: los pacientes a partir de los 16 años y menores emancipados pueden decidir personalmente si someterse o no a una intervención médica. Es decir, rigen en el mismo estatuto jurídico que los mayores de edad. Los ensayos clínicos y las prácticas de reproducción humana asistida también suponen actuaciones médicas, pero por algún motivo el legislador no las considera en el mismo régimen. Podríamos estar ante una contradicción en la propia ley.

Por tanto, es posible que la mujer menor de edad pueda decidir si continuar o no con su embarazo; aunque, no puede someterse a técnicas de reproducción asistida. Podríamos plantearnos que, al igual que una mujer menor de edad tiene derecho a no abortar porque desea tener el hijo ¿no implicaría análogamente que también tenga el derecho a someterse, a modo de ejemplo, a una inseminación in vitro porque desea quedarse embarazada? Es decir, si está embarazada puede decidir o no sobre su cuerpo. Pero ¿y si no lo está y desea fuertemente tenerlo, no supone una vulneración de su voluntad ya que no se le permite someterse a estas prácticas? Si tiene la posibilidad de quedarse embarazada por fecundación natural ¿Por qué no cabría la fecundación in vitro? Si finalmente una vez embarazada, es esta la que decide si desea continuar o no. Estas son las dudas que nos deja el legislador en estos preceptos.

Bibliografía

AGUILÓ, J., PEIRÓ, S., MUÑOZ, C., GARCÍA DEL CAÑO, J., GARAY, M., VICIANO, V., FERRI, R., GACRÍA-BOTELLA, M., MEDRANO, J., TORRÓ, J.: «Efectos adversos en la cirugía de la apendicitis aguda», *Cirugía Española*, vol. 78, núm. 5, 2005, pp. 312-317.

CADENAS OSUNA, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad Médica*, Sevilla, 2018.

LOPEZ, J., y DE LA SERRANA, G.: El daño por falta de consentimiento informado en el ámbito sanitario. 2022.: «El daño por falta de consentimiento informado en el ámbito sanitario», *Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 8/Año 58, 2022.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ M.P.: *La mayoría de edad sanitaria. Excepciones y estudios las mismas*, Murcia, 2005.

