

Las Instrucciones Previas: Sujetos y capacidad para otorgarlas. El conflicto entre la Ley Estatal básica y las normas autonómicas. Especial referencia a la negativa manifestada por los menores de edad para ser transfundidos por razones religiosas

Se ha recibido en la Comisión Asesora de Bioética del Principado de Asturias una consulta en la que se plantean las tres cuestiones enunciadas. Dado el interés suscitado por la misma en el seno de la Comisión, se ha acordado realizar un estudio de la cuestión con el fin de elaborar el presente informe.

A) Sujetos: Capacidad y edad para poder otorgar Instrucciones Previas

El artículo 11.1 de la Ley 41/2002 dispone que para su validez las Instrucciones Previas deberán ser otorgadas por “una persona mayor de edad, capaz y libre”. Vemos que se manejan tres cuestiones diferentes. Por un lado, la mayoría de edad, por otro, la capacidad y, finalmente, el término libre. Respecto a este último, las normas que precedieron a la Ley básica utilizaban la expresión “libremente” en referencia a la manifestación de voluntad hecha, mientras que ésta aplica el adjetivo al sujeto que la realiza en vez de a la declaración. Es un claro error la redacción adoptada por la Ley básica y lo razonable hubiese sido utilizar la calificación de libre referida a la manifestación de voluntad para reforzar el concepto de decisión autónoma, no influenciada ni sometida a coacción alguna ni afectada de vicios que pudieran invalidarla¹.

La exigencia de que el sujeto otorgante goce de capacidad implica, como ocurre para cualquier declaración de voluntad, que se den como requisitos básicos: capacidad, conocimiento y voluntad.

Centrándonos en la cuestión planteada en la consulta, es decir, en la edad para poder ser sujeto de las instrucciones previas, cabe señalar que tanto la Ley estatal como la mayoría de las leyes autonómicas exigen la mayoría de edad², entendiéndose por tal que debe tratarse de personas mayores de dieciocho años, excluyendo de la posibilidad de su otorgamiento tanto a los menores de edad como a los menores emancipados. Pese a que el artículo 9 no recoge ninguna disposición acerca de la capacidad del menor maduro para otorgar instrucciones previas, el artículo 11 de la misma Ley de autonomía del paciente excluye tal posibilidad al exigir que únicamente puedan otorgar documento de instrucciones previas los mayores de edad.

¹ GALLEGO RIESTRA S. “El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal”. Ed. Aranzadi S.A. Navarra, 2009, p. 114 y ss.

² BELTRÁN AGUIRRE J.L. “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”. Derecho y Salud DS Vol. 15, Núm. 1, Enero-Junio 2007, 9-26.

La mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos, dice el artículo 315 del Código Civil, en consonancia con el artículo 12 de la Constitución. Sin embargo, no ha faltado alguna legislación como la Ley Foral Navarra 11/2002, que reconoce en su artículo 9.1 capacidad a los menores para otorgar este tipo de documentos, o la Ley 1/2003, de la Comunidad de Valencia en cuyo artículo 17, al igual que la Ley 5/2003 de Andalucía en su artículo 4, permiten manifestar su voluntad anticipada, aparte de a la persona mayor de edad, al menor emancipado.

BERROCAL LANZAROT³ califica de “un tanto incoherente esta forma de proceder del legislador estatal si tenemos presente el tratamiento que dispensa al consentimiento de los menores de edad en el artículo 9.3 c) de la Ley básica al señalar que, en el caso de menores “emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación”. También pone de manifiesto esta autora su interpretación del precepto legal en el sentido de considerar que la Ley no agota la minoría madura en los dieciséis años, sino que por debajo de esta edad, si el menor comprende emocional e intelectualmente la situación, cabe la posibilidad de que sea titular del consentimiento.

La Ley 41/2002 de autonomía del paciente ha establecido la edad para otorgar el consentimiento en los dieciséis años: Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, 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 facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. Ahora bien, esto no quiere decir que por debajo de los dieciséis años no exista la minoría madura. La Ley otorga una presunción de madurez a partir de esa edad y por debajo de ella habrá que recurrir a la valoración individualizada de cada supuesto concreto⁴, es decir, en estos casos se invierte la carga de la prueba de forma que, cuando se presume inmadura a una persona, el peso de la prueba cae del lado de quien busque respetar su madurez, lo cual significa que, tal y como destaca DIEGO GRACIA, sólo se planteará este problema quien intente ser cuidadoso con el paciente y pretenda respetar su autonomía a pesar de su minoría de edad⁵. Desde este planteamiento, y de acuerdo con la línea marcada por el legislador cuando regula el consentimiento, lo lógico sería haber reconocido, tanto al menor emancipado, como a los mayores de dieciséis años, la posibilidad de manifestar instrucciones previas como forma de expresión anticipada del consentimiento o rechazo

³ BERROCAL LANZAROT A.I. "Análisis de los criterios jurídicos en la normativa estatal y autonómica sobre cuidados paliativos e instrucciones previas. El papel del médico en su aplicación". Comunicación libre al XII Congreso Nacional de la Sociedad Española de Derecho Sanitario. Madrid, 2005. Web de la Asociación Española de Derecho Sanitario (www.aeds.org/documentos).

⁴ GALLEGO RUESTRA S., BOBES GARCÍA J. “Veinte reglas prácticas sobre la Ley de Autonomía del Paciente”. Artículo original en ApySAM, Atención Primaria y Salud Mental. Vol. 8, nº 1, 2005, p. 4-11.

⁵ GRACIA GUILLÉN D. “Competencia, capacidad, autonomía”. Eidon. Junio 2014, 41: 1-2.

a cualquier tratamiento o intervención⁶. Tan sólo en el caso de que la previsión hecha por el menor conlleve un grave riesgo, según el criterio facultativo, cabría informar a los padres y tener en cuenta su opinión.

Frente a esta tesis cabe argumentar, en sentido contrario, que puede ser lógica la previsión del legislador exigiendo la mayoría de edad para otorgar instrucciones previas. Así se manifiesta abiertamente PARRA LUCÁN⁷ cuando sostiene que “No debe verse en ello (que la misma Ley exija la mayoría de edad para otorgar las instrucciones previas y permita prestar el consentimiento a partir de los dieciséis años y en los casos de emancipación) necesariamente una incoherencia. La proximidad de estas instrucciones a la disposición sobre la propia vida puede explicar que se exija un *plus* de capacidad para expresar una voluntad”. Sin adoptar esta postura, pero manifestando una especial sensibilidad hacia el complejo problema, BERROCAL LANZAROT⁸ afirma “Que pueda resultar especialmente difícil de asumir, no lo dudamos y, de ahí quizá la actitud observada por el legislador ante el hecho que, una persona joven de forma anticipada pueda decidir ante situaciones límite o no necesariamente, pero que supongan tomar decisiones sobre qué tratamiento se le ha de aplicar cuando no tenga voluntad para prestarla, o que se plantee qué hacer ante el supuesto de una enfermedad terminal e irreversible, qué es lo que sería más adecuado para sobrellevarla de la manera que menos sufrimiento generase para su persona; estos recelos, sin embargo, no se plantean cuando el consentimiento se presta por un menor con suficiente capacidad de juicio, para decidir sobre un determinado acto médico del mismo o similar alcance, si bien, no residenciado en tales momentos, sino en un tiempo presente que puede poner en peligro su vida (v. gr. la opinión de los padres será tenida en cuenta en los supuestos de actuación de grave riesgo)”.

Poniendo sobre la mesa la capacidad que el legislador ha ido progresivamente reconociendo al menor maduro, y la regulación que la propia Ley básica hace sobre el consentimiento informado, resulta difícil de entender la restricción absoluta a la posibilidad de formular instrucciones previas. No parece coherente una mayor exigencia de edad para otorgar el documento de instrucciones previas que para prestar el consentimiento informado. Se encuadran ambas instituciones en el ámbito de la autonomía del paciente y esa autonomía se reconoce a los menores con suficiente madurez y, en todo caso, a los menores a partir de los dieciséis años, o emancipados,

⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO A. “Derecho sanitario y responsabilidad médica”. Obra citada, p. 348. PLAZA PENADÉS J. “La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 562; 2002 (westlaw.es). TUR FAÜNDEZ M.^a N., “El documento de instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico”. Obra citada, p. 23. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ J.I. “La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas”, X Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, octubre 2003. GÓMEZ RIVERO C. “La Ley andaluza de declaración de voluntad vital anticipada”, Revista Electrónica de Geriatria y Gerontología, vol. 6, núm. 1, 2004, p. 4 (www.geriatranet.com).

⁷ PARRA LUCÁN M^a. A., “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español” Aranzadi Civil núm. 2, abril 2003 (Westlaw.es).

⁸ BERROCAL LANZAROT A.I. “Análisis de los criterios jurídicos en la normativa estatal y autonómica sobre cuidados paliativos e instrucciones previas. El papel del médico en su aplicación”. Obra citada.

aunque, como dispone la legislación civil, no es tanto el dato cronológico de la edad la que determina la facultad de ejercitar los derechos de la personalidad, sino el grado de madurez del menor por más que esa edad, sea un dato objetivo, a partir del cual, el legislador presume la referida madurez⁹. Pero, además, como ya hemos reiterado, el fundamento del documento de instrucciones previas se encuentra en el principio de autonomía del paciente, como manifestación de la autonomía de la voluntad y en ella asienta el consentimiento informado¹⁰. Por su importancia, el legislador no ha querido dejar fuera de este derecho al menor con suficiente grado de madurez a la hora de emitir o rechazar un determinado tratamiento, pero, sin embargo, le excluye cuando se trata de manifestarlo anticipadamente. Carece de sentido que el menor maduro no pueda indicar el tipo de cuidado médico o tratamiento que desea recibir en determinadas circunstancias futuras, que, en todo caso, estará sometido a la “*lex artis ad hoc*” propia del ámbito sanitario, así como a las normas del ordenamiento jurídico. En este sentido, dice LÓPEZ SÁNCHEZ¹¹, que el sistema previsto “resulta incongruente con la propia concepción del documento y con la capacidad del menor para otorgar el consentimiento informado”, y PLAZA PENADÉS¹² no se explica el porqué no se les ha reconocido este derecho dentro de los parámetros que fija la ley¹³. Igual de contundente se muestra OLIVA VÁZQUEZ cuando afirma que carece de cualquier explicación en términos jurídicos, más allá del posible temor del legislador a que el menor pueda adoptar decisiones que impliquen una disposición sobre su propia vida¹⁴.

Ahora bien, el problema se plantea al existir leyes autonómicas que contemplan la posibilidad de que un menor otorgue instrucciones previas mientras la Ley estatal básica exige la mayoría de edad. La única previsión que hace la norma estatal sobre la capacidad normativa de las comunidades es la libertad a la hora de regular la forma, siempre que sea escrita, por lo que resulta difícil admitir la constitucionalidad de una Ley que contraviene lo dispuesto en la Ley básica en un elemento esencial como es el de la edad del otorgante. Mayor motivo de preocupación es el hecho de que se pretende que las instrucciones previas sean aplicables en todo el territorio nacional. A este fin la Ley básica prevé que lo serán cuando hayan sido “formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas”. Navarra permite a los menores con más de dieciséis años hacer instrucciones previas. Madrid,

⁹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ J.I. “La autonomía del menor: Su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas”. X Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2003.

¹⁰ REQUERO IBÁÑEZ J.L., “El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español”. Diario LA LEY, núm. 5570, 2002, p. 1989-1904.

¹¹ LÓPEZ SÁNCHEZ C., “Testamento vital y voluntad del paciente (Conforme a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre)”. Dykinson, Madrid, 2003, p. 33-36.

¹² PLAZA PENADÉS J., “La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica”. Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º. 562; 2002 (westlaw.es). p. 5 y 6.

¹³ GALLEGU RUESTRA, SERGIO: “Las instrucciones previas y su regulación jurídica”. Libro Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales. Tirant lo Blanch. (Coordinadoras: Marina Gascón Abellán, M^a del Carmen González Carrasco, Josefa Cantero Martínez) Valencia, 2011.

¹⁴ OLIVA BLÁZQUEZ F. “El menor maduro ante el derecho”. Eidon. Junio 2014, 41: 28-52.

no. La Rioja exige tener cumplidos 18 años. Asturias repite el término “mayor de edad” de la Ley básica. ¿Pueden legalmente aplicar Madrid, La Rioja y Asturias las instrucciones previas hechas por un menor en Navarra? Realmente es difícil responder, fruto de la anómala regulación jurídica que estamos viendo. Si contestamos que sí, estaríamos admitiendo la Ley personal. Si contestamos que no, estamos negando validez nacional a las instrucciones previas formalizadas de acuerdo con la normativa de la comunidad donde se otorgaron.

Entendemos que no cabe aplicar una norma autonómica que contravenga flagrantemente lo dispuesto en una Ley estatal básica. El artículo 149.3 de la Constitución impone a las Administraciones Públicas y, en última instancia, a los órganos judiciales, la inaplicación inmediata de las reglas autonómicas que entren en conflicto con preceptos estatales, siempre y cuando aquellas reglas no se hubieran dictado en el ejercicio de competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma y a no ser que se considerase inválida, por los órganos judiciales exclusivamente, la propia normativa del Estado. Atendidos estos criterios, la contravención por la norma autonómica de lo dispuesto en la norma estatal produce: a) si la norma autonómica es anterior a la Ley de autonomía del paciente, aquella resulta “desplazada” por ésta, quedando, en consecuencia, inaplicada; b) si es posterior la norma autonómica a la Ley estatal, estaremos ante una norma inconstitucional por regular una materia de competencia exclusivamente estatal.

A continuación abordaremos con más profundidad el conflicto normativo al que estamos haciendo referencia

B) Conflicto territorial entre la Ley estatal básica y las normas autonómicas

No es pacífica la coexistencia de las leyes autonómicas y la Ley 41/2002¹⁵. Los problemas surgen desde el mismo momento de su publicación ya que aquellas normas que estaban vigentes en el momento de publicarse la estatal han de entenderse derogadas en cuanto se opongan a ella¹⁶. Por este motivo la Ley básica establece una *vacatio legis* de seis meses, concediendo así un plazo razonable para la realización de las necesarias adaptaciones. Técnicamente no debiéramos utilizar la expresión derogadas, sino “desplazadas”. La norma estatal básica desplaza a la norma autonómica

¹⁵ GALLEGO RUESTRA S. “El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal”. Obra citada. p. 137 y ss.

¹⁶ SEDANO MONASTERIO E. “Ley catalana sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente y a la documentación clínica”. VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario. Fundación Mapfre Medicina. Madrid, 2002, p. 11-18. MARTÍNEZ MARTIN D.J. “Proposición de Ley estatal sobre el derecho de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica”. VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario. Fundación Mapfre Medicina. Madrid, 2002, p. 19-37. MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ J.M. “Encuentros y desencuentros de la Ley Básica y de las normas autonómicas”. IX Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario. Fundación Mapfre Medicina. Madrid, 2003, p. 193-204.

antigua que queda ineficaz, producto de una “incompetencia sobrevenida”, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁷.

La condición de Ley básica es declarada en la Disposición Adicional Primera de la Ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución Española, con la finalidad de asegurar a todos los ciudadanos del Estado las mismas garantías en el desarrollo y protección de los derechos reconocidos a lo largo de su articulado. Esto implica que las Comunidades Autónomas podrán desarrollar aquellos ámbitos que determine la norma básica, y completarlos, respetando los límites marcados por la misma, cuando no exista una regulación específica al respecto, sin que, en todo caso, se puede legislar en contra de la regulación estatal, de imposición en todo el territorio nacional¹⁸.

La polémica parlamentaria vivida con motivo del carácter básico de la Ley dio lugar a que se abordase también el de su constitucionalidad al entender algunos diputados que invadía competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas en materia sanitaria. Tampoco es pacífica la cuestión relativa a la constitucionalidad de las leyes autonómicas, habiendo quien plantea dudas acerca de las competencias de las Comunidades Autónomas para regular las voluntades anticipadas¹⁹. En primer lugar se ha suscitado la duda sobre si las leyes, tanto la estatal como las autonómicas, al afectar a ciertos derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la libertad ideológica y el derecho a la intimidad, deberían tener el carácter de Ley Orgánica. En este caso todas ellas serían inconstitucionales. Frente a esta argumentación cabe entender que estas leyes tan sólo han hecho un desarrollo de aquellos derechos.

Un segundo motivo de posible inconstitucionalidad de las leyes autonómicas deriva de la condición de ley básica que tiene la Ley estatal, de acuerdo con la disposición adicional primera, de conformidad con lo establecido en los artículos 149.1.1 y 149.1.16ª de la Constitución Española. El carácter básico de dicha Ley implica que únicamente el Estado puede regular las materias que en ella se contienen y que, en consecuencia, cualquier ley emanada de una Comunidad Autónoma que las regule sería inconstitucional. Así todo, una ley hipotéticamente inconstitucional sólo lo es, y por tanto se anula, cuando el Tribunal Constitucional así lo declara. De todos modos no es preciso plantear la posible inconstitucionalidad de las leyes autonómicas, que extralimitándose invaden competencias reservadas a ley básica estatal o contravienen lo dispuesto en ésta, para directamente negar su validez y aplicación. El procedimiento es mucho más sencillo. La norma autonómica de desarrollo no puede invadir el campo preincludido por la norma estatal siendo ésta prevalente en su aplicación, sino que además está vinculada a desarrollar la norma estatal dentro del

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ T.R. “Curso de Derecho Administrativo I”. Cuarta edición. Cívitas, Madrid, 1986, p. 304.

¹⁸ COSCULLUELA MONTANER L. “Manual de Derecho Administrativo”. Tomo I. 13ª edición. Civitas, Madrid, 2002, p. 84.

¹⁹ TUR FAÚNDEZ N. “El documento de instrucciones o Testamento Vital. Régimen jurídico”. Aranzadi Civil nº 10/2004 (Westlaw).

encuadramiento que le diseña. Se aplica el criterio de la prevalencia al igual que con el ordenamiento comunitario europeo respecto a los derechos nacionales, entre los que rige el principio de primacía o prevalencia, de manera que “el juez nacional tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la Ley nacional, sea ésta anterior o posterior a la regla comunitaria. Este es el efecto específico, el desplazamiento en la aplicación, la inaplicación de la norma del ordenamiento menor”²⁰ .

En este momento la coexistencia de las legislaciones autonómicas con la estatal lleva a tener que analizar cuál es la norma aplicable. Es decir, a dirimir si efectivamente existe un conflicto de leyes como consecuencia de su aplicación territorial. Se trata de un asunto jurídicamente complejo y que no es pacífico en la doctrina. Se discute si estamos ante normas administrativas o de derecho civil y, por tanto, si debe aplicarse un criterio de territorialidad o de vecindad civil. Dependiendo de la respuesta que se dé a esta cuestión, las preguntas que plantea TUR FAÚNDEZ²¹ tendrían diferentes contestaciones: ¿Dentro del territorio nacional existen distintos requisitos para que las declaraciones de voluntad anticipadas o instrucciones previas tengan validez? Si aceptamos que la vecindad civil es el criterio que permite decidir qué derecho civil resulta aplicable a cada persona, es posible que esas diferencias surjan incluso en una misma Comunidad Autónoma. ¿Cuándo quedarán vinculados los médicos por estas declaraciones de voluntad anticipadas: cuando cumplan los requisitos formales de la Comunidad Autónoma en que ellos desempeñan su actividad profesional, o cuando cumplan los requisitos formales de la Comunidad de la que es vecino civil el declarante? ¿Qué ocurre si se enferma fuera de esos límites territoriales de la Comunidad Autónoma en la que se tiene vecindad civil? ¿Tiene validez para el médico que atiende al enfermo una declaración de voluntad anticipada que no cumple la legislación existente en la Comunidad Autónoma? ¿No sería más sencillo que la legislación fuese única en todo el territorio nacional, como establece la ley estatal al afirmar que tiene el carácter de básica?”

Al margen del interesante debate, que obviamente desborda el objeto del presente informe, lo cierto es que las normas de casi todas las Comunidades Autónomas son normas administrativas de derecho público que regulan una determinada vertiente de la relación médico-enfermo, ya que sólo pueden asumir competencias en materia de legislación civil las Comunidades en que existiera derecho foral al entrar en vigor la Constitución.

Por tanto, las instrucciones previas tendrán que formalizarse de acuerdo con el criterio territorial de la Comunidad donde se otorguen e inscriban, con independencia de su inscripción en el Registro Nacional, y tendrán validez en cualquier punto del país. Entendemos que este mismo criterio territorial es el aplicable a los efectos de las

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ T.R. “Curso de Derecho Administrativo I”. Obra citada, p. 304.

²¹ TUR FAÚNDEZ, N. “El documento de instrucciones o Testamento Vital. Régimen jurídico”. Obra citada.

mismas sobre los destinatarios. Los profesionales sanitarios están obligados a tener en cuenta las instrucciones previas cuando éstas hayan sido otorgadas válidamente conforme a lo dispuesto en la Comunidad de origen y corresponde a cada Servicio de Salud regular “el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona”, conforme establece imperativamente la Ley estatal.

Cosa distinta podría ser la situación creada en otros aspectos concretos como, por ejemplo, el de la capacidad para otorgarlas²² u otras que no sean la mera formalidad, ya que entonces estaríamos ante un problema mucho más complejo. Si una norma autonómica regula cuestiones para las que no tiene competencia, tales como la capacidad y la edad de los sujetos, o los límites, alcance y contenidos de las instrucciones, o lo hace de manera diferente a la ley estatal básica, cabría la posibilidad de entender que no debe ser tenida en cuenta de acuerdo con la propia Ley estatal cuando determina que no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico (artículo 11.3 de la Ley 41/2002). En una situación de este tipo, a fin de garantizar la seguridad jurídica, lo más razonable será plantear el conflicto ante el juez.

C) Especial referencia a la negativa a ser transfundido manifestada por un Testigo de Jehová menor de edad

En la pregunta formulada a la Comisión Asesora de Bioética se planteaba concretamente si había que respetar la voluntad de un menor con 16 o 17 años cumplidos, no incapaz ni incapacitado, ni menor emancipado, que rechaza recibir una transfusión en una situación de urgencia vital.

Se trata de una situación difícil de resolver en la práctica desde el punto de vista ético como consecuencia de los derechos que se ven afectados:

a) Derecho a la vida y a la dignidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución Española (en adelante, CE), que establece que: *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*.

b) Libertad ideológica y religiosa, contemplado en el artículo 16 CE, en virtud del que: *“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”*.

c) La protección conjunta de los derechos anteriores afianza la “dignidad de la persona”, que la CE en su artículo 10 considera fundamento del orden político y la paz social.

²² PARRA LUCÁN, M.A. “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español” Obra citada.

d) Derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 43 CE como principio rector de la política social y económica.

e) Desde el punto de vista legal, hemos de estar a las previsiones de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, que reconoce el derecho a rechazar un tratamiento, a la libre elección entre las opciones clínicas disponibles y que toda actuación en el ámbito sanitario requiera, con carácter general, su previo consentimiento.

f) Igualmente han de tenerse en cuenta las previsiones y principios inspiradores de la legislación específica sobre protección de menores.

C.1 Los principios generales de la minoría madura

Una de las novedades más importantes introducidas por la Ley 41/2002 es la figura del consentimiento por representación. Se encuentra regulado en el artículo 9 y en el punto 3 señala:

Artículo 9.3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*
- b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.*
- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión 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 facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.*

9.4 La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

9.5 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. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

Por tanto, vemos cómo la Ley rebaja la edad para poder tomar decisiones autónomamente, en el ámbito sanitario, excepto para aquellos casos concretos en los que las disposiciones específicas por las que se rigen, determinen otra cosa.

Así pues, desde la entrada en vigor de la nueva Ley 41/2002, los menores de edad no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, tienen plena capacidad de decisión en materia sanitaria con las únicas excepciones de los ensayos clínicos y la reproducción asistida, que precisarán el consentimiento por representación, o de aquéllos casos en los que la actuación pueda suponer un grave riesgo, según el criterio facultativo, en los cuales los padres deberán ser informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Ahora bien, esto no quiere decir que por debajo de los dieciséis años el menor no pueda consentir en ningún caso, de acuerdo con los criterios sobre la minoría madura de nuestro Código Civil. La Ley otorga una presunción de madurez a partir de esa edad y por debajo de ella habrá que recurrir a la valoración individualizada de cada supuesto concreto. También es destacable el hecho de que el legislador haya atribuido al médico la competencia para valorar la capacidad del paciente para hacerse cargo de su situación eliminando así las dudas sobre la necesidad de un hipotético recurso a la autoridad judicial²³.

Esta importante modificación normativa venía gestándose desde hace mucho tiempo y encuentra su base en el Código Civil español, que tiene varios artículos en los que regula la capacidad de los menores maduros y los actos que pueden ser realizados por ellos, así como el procedimiento para la solución de los conflictos que puedan surgir. Concretamente, establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. Que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y que si los hijos tienen suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Añade que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad y en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Finalmente, de manera inequívoca, determina que quedan exceptuados de la representación legal los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

Respecto a los conflictos de intereses que pudieran darse entre los padres y los hijos, el Código Civil declara que siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo

²³ MEDRANO J. "Competencias y consentimiento informado en medicina. Aspectos clínicos". Actas III Congreso Nacional de la Asociación Española de Psiquiatría Legal. Juste, S.A.Q.F. Toledo, 1996, p. 3-12

con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar al menor o completar su capacidad.

De manera más concreta, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha tratado de reforzar los derechos de los menores de edad, recordando que los menores gozan de los derechos que les reconocen la Constitución y los Tratados Internacionales, y especialmente el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad ideológica, de conciencia y de religión, y el derecho a ser oído. Además, la Ley permite a las autoridades y servicios públicos actuar en el ámbito de sus competencias en situaciones de riesgo y desamparo para los menores, bien por propia iniciativa, bien poniendo los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

En su artículo 4 se ocupa específicamente del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen:

- 1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.*
- 2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.*
- 3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.*
- 4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.*
- 5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.*

También el Convenio de Oviedo, ya desde 1997, se ha ocupado de la protección del menor en el específico ámbito de los tratamientos sanitarios y la investigación:

- 1. Como regla general, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona, que no tenga capacidad para expresar su consentimiento, cuando redunde en su beneficio directo.*
- 2. Cuando, según la Ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la Ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.*

En el Informe Explicativo del Convenio de Oviedo, redactado por JEAN MICHAUD, se afronta esta cuestión. De un lado, por lo que se refiere a los menores, entiende el mencionado autor que la opinión del menor debe adquirir progresivamente más peso en la decisión final, cuanto mayor sea su edad y capacidad de discernimiento. En consecuencia, el consentimiento del menor puede ser suficiente en determinadas ocasiones.

La Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificado por España y publicado en el B.O.E. de 31 de diciembre de 1990, reconoce al niño los mismos derechos que, posteriormente fueron recogidos, como ya hemos visto, por la Ley orgánica 1/1996.

En el derecho inglés, el Acta sobre Derecho de Familia sitúa la mayoría de edad sanitaria en los 16 años y distingue, además, según las características de la intervención médica. De ahí que, por regla general, sea válido el consentimiento otorgado por los mayores de 16 años sin necesidad de que además consientan los padres. Sin embargo, en los casos de cirugía mayor o de intervenciones de alto riesgo, se aconseja informar a los padres, salvo que el paciente no lo autorice. En los menores de 16 años se atiende también a los distintos tratamientos, con la regla general de que el menor debe ser informado y consentir si es capaz de comprender la finalidad, la naturaleza y los riesgos de la intervención. En una Sentencia de la Cámara de los Lores se consideró válido el consentimiento de una menor de 16 años para ser informada y consentir, sin información ni consentimiento de los padres, en el tratamiento anticonceptivo. La sentencia exigió que se actuase en interés de la menor y que el médico se asegurase de la comprensión de la naturaleza del consejo o del tratamiento y con ello de los beneficios para su salud física y mental, y ello aunque no pudiera convencerla de que informase a sus padres o le permitiera hacerlo al médico y aunque estuviera convencido de que la menor iniciaría relaciones sexuales.

C.2 La negativa del menor maduro a ser tratado en situación de riesgo vital

Todo lo expuesto hasta ahora sobre la minoría madura sirve para resolver la necesidad de consentimiento informado de cualquier intervención sanitaria cuando los factores de riesgo o daño para los intereses del menor están ausentes o son de escasa entidad. Ahora bien, el problema surge cuando el menor rechaza una intervención que si no se administra puede generarle un grave riesgo. Los bienes en conflicto son, por un lado, la vida del paciente menor de edad y en relación con ella, su salud, y de otro, su autonomía y libertad de decisión, sea indirectamente ejercida a través de la representación legal, o sea directamente ejercida cuando se trata de menores emancipados, mayores de 16 años o menores maduros²⁴.

Es imprescindible comenzar recordando que sobre este punto existe una previsión legal expresa. El artículo 9.3 de la Ley 41/2002 establece que en el caso de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación, pero que en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

²⁴ GALLEGO RIESTRA, SERGIO. “Información y consentimiento informado: De la Ley General de Sanidad a la Ley 41/2002” (Capítulo 23). En Tratado de Derecho Sanitario. Vol. I. PALOMAR OLMEDA A., CANTERO MARTÍNEZ J (Directores). LARIOS RISCO L., GONZÁLEZ GARCÍA L., DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (Coord). Ed. Aranzadi S.A. Navarra, 2013.

La mayoría de la doctrina y las diferentes regulaciones se inclinan por resolver estas situaciones de conflicto considerando, en términos generales, la vida y la salud del menor como bienes de superior interés sobre cualesquiera otros intereses, incluida su propia voluntad expresada por el mismo o en su caso, por sus representantes legales.

Así, por ejemplo MONTALVO JÄÄSKELÄINEN²⁵ sostiene que con independencia de la opinión del menor o de los padres, prima la protección del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del menor, atendidos los principios de proporcionalidad e irreversibilidad que han sido proclamados por el Tribunal Constitucional. Es decir, en aquellos casos en los que la decisión del menor, ya sea la de exigir o rechazar una determinada actuación médica, ponga en riesgo su vida o integridad física o psíquica, su autonomía cesa a favor de los padres, los cuales, habrán de actuar siempre en beneficio del menor. Así pues, el marco de dicha excepción provoca que la capacidad de obrar del menor de dieciséis o más años cese en los casos de grave riesgo en los que habrá de actuar de conformidad con el principio de beneficencia, aunque siempre escuchando la voluntad del menor y sus padres²⁶. DE LORA Y GASCÓN son también contrarios a la posibilidad de otorgarle capacidad de rechazar el tratamiento médico, cuando tal rechazo pone en riesgo su vida. A este respecto, plantean que resultaría extraño que al menor maduro de dieciséis años no se le permitiera, por ejemplo, ejercer el derecho de sufragio activo (votar), pero sí rechazar un tratamiento vital²⁷. En similares términos se expresa también CANTERO MARTÍNEZ²⁸.

El Código de Deontología Médica de 2011, siguiendo lo dispuesto en la Ley de autonomía del paciente, establece en su artículo 14 que el mayor de 16 años se considera capacitado para tomar decisiones sobre actuaciones asistenciales ordinarias, y que “En los casos de actuaciones con grave riesgo para la salud del menor de 16 años, el médico tiene obligación de informar siempre a los padres y obtener su consentimiento. Entre 16 y 18 años los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta. Cuando los representantes legales tomen una decisión que, a criterio del médico, sea contraria a los intereses del representado, el médico solicitará la intervención judicial.

²⁵ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN FEDERICO "La autonomía de voluntad del menor en el ámbito sanitario", en VVAA, Derecho sanitario y Bioética, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

²⁶ Esta parece ser la interpretación que postula también el Comité de Bioética de España cuando, en su informe sobre el proyecto de Ley Orgánica del Gobierno de nuevo régimen de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, señala que el artículo 9.3 c) de la Ley de Autonomía del Paciente debe ser interpretado en el siguiente sentido: “*En este supuesto la opinión de los padres debe ser tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. La intervención de los padres queda así vinculada al ámbito de la protección de la salud de la menor y tiene como fin reforzar la tutela de ésta y de su bienestar cuando estos bienes pudieran verse comprometidos por el peligro de la intervención médica*”. Puede accederse a dicho informe a través de la página, www.comitedebioetica.es.

²⁷ DE LORA, P. y GASCÓN, M. Bioética. Principios, desafíos, debates. Alianza, Madrid, 2008, p. 138.

²⁸ CANTERO MARTÍNEZ, J., “El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades”, Revista Derecho y Salud, vol. 18, núm. 2, julio-diciembre 2009, p. 18

Por parte de la jurisprudencia merece ser citada la Sentencia del Tribunal Supremo 565/2009, de 31 de julio, relativa a las discrepancias surgidas en torno a la reinserción de un menor al seno de su familia biológica tras haberle sido retirada la custodia unos años antes. En el texto de la Sentencia, el Ministerio Fiscal informa que según la doctrina científica podrían ser máximas de experiencia o criterios para la determinación en concreto del interés del menor, entre otras las siguientes:

- Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas”.

- Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.

Así pues, vemos cómo se propone priorizar la satisfacción de las necesidades básicas o vitales del menor, citando expresamente su salud, y subordinando a la compatibilidad con las mismas el respeto de los deseos, sentimientos y opiniones del menor. Por ello, el Ministerio Fiscal considera que la voluntad del menor carece de validez cuando la decisión adoptada pone en peligro su propia vida.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, abordando precisamente el problema de una transfusión sanguínea en un niño de trece años que se opuso a ella, señala: “...el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto — como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable”.... Y que “...en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales”, ya que la vida, “en su dimensión objetiva, es ‘un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional’ y ‘supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible’.

En este caso, un juzgado había autorizado que se realizase la transfusión a pesar de la oposición del menor y de sus representantes legales. Respecto a esta actuación judicial, el Tribunal Constitucional declara: “es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» (...) Además, es oportuno señalar que (...) el derecho fundamental a la vida tiene «un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte». En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser”.

De todas formas debe tenerse en cuenta que en la Sentencia se está haciendo referencia a la circunstancia excepcional del reconocimiento de la capacidad de un niño de 13 años de edad, y que cuando el menor tiene 16 años cumplidos el criterio habitual es reconocer su capacidad para consentir o no consentir un tratamiento, siendo lo excepcional que no se le considere capaz a partir de esa edad, tal y como expresa la Ley 41/2002. SIMÓN LORDA y BARRIO CANTALEJO citan un estudio norteamericano que concluye que por encima de los catorce-quince años puede presumirse la capacidad del menor para decidir sobre el tratamiento médico y que por debajo de dicho rango de edad la presunción de capacidad es dudosa y debe ser verificada en cada caso²⁹.

Sin citar expresamente la Teoría de la Escala Móvil de Capacidad, el Tribunal Constitucional considera que la capacidad del menor no es suficiente para reconocer la eficacia jurídica de un acto que supone un riesgo para la vida y que tiene como características esenciales, la de ser definitivo e irreparable. La Escala Móvil de Capacidad guarda relación con los diferentes criterios de capacidad que debe reunir las personas para ser consideradas capaces o incapaces. Se entiende, siguiendo a SIMÓN LORDA³⁰, “que la capacidad es algo relacionado directamente con la decisión clínica concreta que debe tomarse. Las decisiones clínicas complejas, que impliquen un balance riesgo beneficio complejo, tales como rechazar la realización de una radiografía de tórax para estudiar una hemoptisis en un paciente fumador, requerirán grados de capacidad más elevados. Sin embargo, las decisiones clínicas sencillas, tales como aceptar la realización de análisis de sangre para hacer el seguimiento de un diabético estable y no complicado, precisarán grados de capacidad más bajos. El concepto de Escala Móvil parte, por tanto, de la idea de que el establecimiento de la capacidad implica el establecer un punto o nivel de corte en una línea continua que va desde la incapacidad total a la capacidad total. Pues bien, la teoría de la Escala Móvil, lo que dice es que dicho punto de corte no es fijo, sino móvil, y que se desplaza en función de la complejidad de las decisiones a tomar. La capacidad no es pues "simétrica", sino "asimétrica". De hecho, DRANE habla de tres niveles o grados de dificultad de las decisiones. En el Nivel I, el de menor dificultad, la mayor parte de las personas serán consideradas capaces, mientras que en el Nivel III, que implica alta complejidad de las decisiones, muchas personas serán consideradas incapaces”. El propio autor nos advierte que esta propuesta ha generado un debate de perfil más académico que clínico, cuyo principal argumento en contra es que se reintroduce un condicionante de tipo paternalista al ejercicio de la autonomía de los sujetos

La Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado, en relación con la práctica de transfusiones sanguíneas a testigos de Jehová menores de edad³¹, circunscribiéndonos al

²⁹ SIMÓN LORDA, P., BARRIO CANTALEJO, I.M. “La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias: un problema ético y jurídico”. Revista Española de Pediatría, vol. 53, núm. 314, pp. 107 y 108.

³⁰ SIMÓN-LORDA P “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente”. Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq., 2008, vol. XXVIII, núm. 102, pp. 325-348, ISSN 0211-5735.

³¹ Fiscalía General del Estado. Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

asunto que es objeto de consulta, esto es, menores de 16 ó 17 años no incapaces ni incapacitados o menores emancipados que rechazan la transfusión, ofrece, en síntesis, las siguientes pautas de actuación para la solución del conflicto planteado:

- 1) Si el “menor maduro” se niega a la intervención con grave riesgo para su vida, pero sus representantes legales son favorables a que se realice la misma, el médico podría llevar a cabo la transfusión sin necesidad de recabar autorización judicial. Si la situación no es de urgencia debiera solicitarse dicha autorización.
- 2) Si el “menor maduro” rechaza la transfusión y sus representantes también, se ha de plantear el conflicto ante el Juez, y si se trata de una situación de urgencia puede llevarse a cabo la intervención sin autorización judicial amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.
- 3) Si el “menor maduro” presta su consentimiento y sus representantes se oponen. El médico puede aplicar el tratamiento sin intervención judicial.

En relación con esta Circular el Comité de Bioética de España ha enviado a la Fiscalía General del Estado una Carta de apoyo a la misma, al considerar adecuadas las soluciones que plasma en relación con este tipo de conflictos.

La Comisión Asesora de Bioética del Principado de Asturias, en aras a la protección de los profesionales en el ejercicio de su actividad y de las propias instituciones sanitarias, considera que debe ser conocida la existencia y el contenido de dicha Circular, pues los criterios en ella contenidos previsiblemente serán los sostenidos por el Ministerio Fiscal en caso de conflicto en el que pudieran verse inmersos.

Conclusiones

1. La Ley 41/2002 básica de autonomía del paciente no contempla que las Instrucciones Previas puedan ser otorgadas por los menores de edad. Dicho esto, es preciso reconocer que resulta difícil de entender la restricción absoluta a la posibilidad de formular instrucciones previas que el legislador estatal ha impuesto a los menores de edad, máxime cuando la misma Ley señala que en el caso de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. No parece coherente una mayor exigencia de edad para otorgar el documento de instrucciones previas que para prestar el consentimiento informado, ya que ambas instituciones se encuadran en el ámbito de

<http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DCIRCULAR+1-2012+%28Firmada+y+Sellada%29.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1246969516268&ssbinary=true>

la autonomía del paciente y esa autonomía se reconoce a los menores con suficiente madurez y, en todo caso, a los menores a partir de los dieciséis años.

2. Sin embargo, la Ley Foral Navarra 11/2002, reconoce en su artículo 9.1 capacidad a los menores para otorgar este tipo de documentos. De modo similar, la Ley 1/2003, de la Comunidad de Valencia y la Ley 5/2003 de Andalucía, permiten manifestar su voluntad anticipada, aparte de a la persona mayor de edad, al menor emancipado.
3. La coexistencia de estas legislaciones autonómicas con la Ley estatal básica obliga a analizar qué Ley es de aplicación a una determinada situación concreta. Prácticamente en su totalidad se trata de normas de derecho público que regulan una determinada vertiente de la relación médico enfermo, estableciendo las propias Leyes autonómicas un criterio de aplicación territorial dentro del marco de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, de manera indirecta el legislador estatal, ha establecido un criterio de aplicación “cuasi” de Ley personal, al dotar de eficacia en todo el territorio nacional a las instrucciones previas efectuadas e inscritas de acuerdo con la forma establecida en la Comunidad de otorgamiento. Los profesionales sanitarios están obligados a tener en cuenta las instrucciones previas cuando éstas hayan sido otorgadas válidamente conforme a lo dispuesto en la Comunidad de origen.
4. Cosa distinta podría ser la situación creada con respecto a cuestiones que no sean meramente formales, tales como el relativo a la capacidad para otorgarlas. Si una norma autonómica regula cuestiones para las que no tiene competencia, tales como la capacidad y la edad de los sujetos, o los límites, alcance y contenidos de las instrucciones, o lo hace de manera diferente a la ley estatal básica, cabría la posibilidad de entender que no debe ser tenida en cuenta de acuerdo con la propia Ley estatal cuando determina que no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico (artículo 11.3 de la Ley 41/2002). En una situación de este tipo, a fin de garantizar la seguridad jurídica, lo más razonable será plantear el conflicto ante el juez
5. La Ley 41/2002 reconoce explícitamente el derecho de los menores de edad a tomar decisiones autónomamente en el ámbito sanitario, excepto para aquéllos casos concretos en los que las disposiciones específicas por las que se rigen, determinen otra cosa. Así pues, desde su entrada en vigor, los menores de edad no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, tienen plena capacidad de decisión en materia sanitaria con las únicas excepciones de los ensayos clínicos y la reproducción asistida, que precisarán el consentimiento por representación, o de aquéllos casos en los que la actuación pueda suponer un grave riesgo, según el criterio facultativo, en los cuales los padres deberán ser informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.
6. Esto no quiere decir que por debajo de los dieciséis años el menor no pueda consentir en ningún caso de acuerdo con los criterios sobre la minoría madura de nuestro Código Civil. La Ley otorga una presunción de madurez a partir de esa edad y por debajo de ella habrá que recurrir a la valoración individualizada de cada supuesto concreto. No es por tanto un problema de edad sino de madurez el que

determina la capacidad de obrar de los menores para el ejercicio de los derechos de la personalidad, aunque precisamente la edad, como dato objetivo, permite al legislador establecer una presunción de madurez.

7. Los criterios expuestos sobre la minoría madura sirven para la prestación del consentimiento informado de cualquier intervención sanitaria cuando los factores de riesgo o daño para los intereses del menor están ausentes o son de escasa entidad.
8. En las situaciones de conflicto en las que la decisión del menor puede conllevar evidentes riesgos para su integridad, es preciso realizar una priorización de sus intereses a fin de determinar cuál debe ser el interés preferente de dicho menor. Tanto el Ministerio Fiscal como la doctrina científica, han tenido oportunidad de señalar que, en términos generales, el interés superior del menor es su vida y su salud, y subordinan a la compatibilidad con las mismas el respeto de sus deseos, sentimientos y opiniones. Por ello, consideran que la voluntad del menor carece de validez cuando la decisión adoptada pone en peligro su propia vida.
9. Respecto a la posibilidad de que un menor maduro pueda válidamente rechazar una transfusión sanguínea, cuando este rechazo conlleve un riesgo vital, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de señalar que la capacidad del menor (en este caso tenía trece años) “no es de suyo suficiente para reconocer la eficacia jurídica de un acto que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable”. Considera que, en todo caso, “es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. El valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor, según hemos declarado, la vida, en su dimensión objetiva, es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”
10. La Fiscalía General del Estado, en relación con la práctica de transfusiones sanguíneas a testigos de Jehová, menores de 16 ó 17 años no incapaces ni incapacitados o menores emancipados que rechazan la transfusión, ofrece como solución el recurso a la tutela judicial e incluso el tratamiento directamente en caso de urgencia vital, para aquellos supuestos en los que los padres del menor también rechacen la intervención.
11. La Comisión Asesora de Bioética del Principado de Asturias, en aras a la protección de los profesionales en el ejercicio de su actividad y de las propias instituciones sanitarias, considera que debe ser conocida la existencia y el contenido de dicha Circular, pues los criterios en ella contenidos previsiblemente serán los sostenidos por el Ministerio Fiscal en caso de conflicto en el que pudieran verse inmersos.

En Oviedo, a 13 de noviembre de 2014