

Capacidad de obrar del menor en el ámbito sanitario y drogodependencias

Josefina Alventosa del Río

Universidad de Valencia

Recibido: 08/07/2013 · Aceptado: 04/09/2013

Resumen

Actualmente se ha constatado el incremento del consumo de drogas por menores, lo que comporta un menoscabo de la salud de los mismos. Cuestión que se plantea es si el menor tiene capacidad para decidir sobre los tratamientos e intervenciones que se requieren para paliar dicho consumo y restaurar su salud. En nuestro derecho, la capacidad del menor para tomar esas decisiones se regula en la legislación estatal y autonómica relativa a la autonomía de la voluntad del paciente, no habiendo legislación específica en materia de drogodependencias. En dicha legislación se autoriza a un mayor de 16 años para otorgar su consentimiento por sí mismo, mientras que se establece el consentimiento por representación de los padres o tutores para el menor de esta edad, debiendo dar información a los mayores de doce años, salvo los casos de limitación del consentimiento (salud pública, urgencia, incapacitación o incapacidad), en las que podrá actuar el médico. Sin embargo, no se regula con precisión el otorgamiento del consentimiento por menor maduro de edad inferior a 16 años, considerándose que puede prestar el consentimiento por sí mismo, si así lo aprecia el médico, lo que plantea ciertas dudas. En situaciones de conflicto, se puede recurrir a la autoridad judicial, aunque existen otras medidas para resolver dichos conflictos. En el ámbito de las drogodependencias parece conveniente una interrelación entre el menor, los padres o tutores y el médico responsable a la hora de tomar decisiones sobre la recuperación de la salud del menor.

Palabras Clave

Consentimiento y drogas, consentimiento informado, menores de edad, menor maduro, conflicto de intereses, representantes legales.

- Correspondencia a: _____
Josefina Alventosa del Río
Profesora Titular de Derecho civil
Departamento de Derecho civil
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia
Avda. de los Naranjos, s/n
46022-Valencia
Email: josefina.alventosa@uv.es



Abstract

Increasing drug use by minors, which results in harm to their health, is currently being observed. The question that arises is whether the child has the capacity to decide as regards the treatments and interventions that are required to reduce this consumption and restore their health. In our law, the child's capacity to make these decisions is regulated by state and regional legislation concerning the autonomy of the patient's wishes, there being no specific legislation on addictions. This legislation authorizes those over 16 years to give consent on their own behalf, while establishing the consent of parents or guardians in representation of children under this age. Information has to be given to those over twelve years of age, except for cases of limited consent (public health, emergency, incapacitation or incapacity), in which the doctor may take action. The granting of consent by mature minors under the age of 16 years is not however precisely regulated. It is considered that they are able to give consent on their own behalf if the doctor considers this fit, raising certain doubts. In conflict situations, one can resort to the courts, although there are other measures available to solve such conflicts. In the field of drug addiction it seems desirable for there to be a relationship between the child, parents or guardians and the physician responsible for making decisions on the recovery of the child's health.

Key Words

Consent and drugs, informed consent, minors, mature minors, conflict of interest, legal representatives.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestra realidad social se ha constatado que se ha incrementado el consumo de drogas entre los menores de edad, tanto de niños como de adolescentes y jóvenes. Ello comporta un menoscabo de la salud de los mismos, desde episodios puntuales hasta dependencias importantes que pueden derivar en graves enfermedades. Además de constituir un problema de salud, dicho consumo puede suponer para el menor un problema familiar y social, dadas las connotaciones negativas que dicho consumo tiene.

La cuestión que se plantea es si en estas

circunstancias el menor tiene capacidad para decidir sobre los tratamientos e intervenciones que se requieren para paliar dicho consumo y restaurar la salud del mismo.

En nuestro ordenamiento jurídico, la capacidad del menor para tomar esas decisiones, que son de índole sanitaria, se regula en la legislación estatal y autonómica relativa a la autonomía de la voluntad del paciente, pero no hay una regulación específica sobre dicha capacidad en materia de drogodependencias. Por lo que en este ámbito es de aplicación aquella regulación general, de la que se va a tratar.



Las decisiones que se tomen en este ámbito van a ser transcendentales para el menor, pues afecta a su salud, e incluso a su vida, y, también, a su intimidad, todos ellos considerados derechos fundamentales en nuestra Constitución.

En estas decisiones están implicadas tres partes: el propio menor, sus padres, o en su caso, sus tutores, y el médico o el equipo médico responsable de su asistencia. Y por ello se entrecruzan diversos intereses: por un lado, el derecho a la salud y a la intimidad del menor; por otro lado, la potestad de los padres y, en su caso, de los tutores, de velar por el bienestar, tanto físico como moral, del mismo; y, por último, la responsabilidad del médico de salvaguardar la salud del menor.

Por lo que parece que la atribución a uno de estos sujetos de una determinada decisión es una cuestión delicada, que no soluciona satisfactoriamente la legislación aludida, y que no debe resolverse exclusivamente por la designación que realice dicha legislación.

Varias cuestiones se plantean en torno a esta materia: quién se considera menor en nuestro derecho; bajo qué cobertura jurídica de protección se desenvuelve; a quién se atribuye la capacidad de decidir los tratamientos e intervenciones que se van a realizar al menor; cómo se debe salvaguardar la intimidad de éste; y cómo se cohonesta el derecho a la intimidad del menor con el derecho de los padres a conocer el estado de salud de los mismos.

Cuestiones de no fácil solución, sobre todo porque no son cuestiones meramente jurídicas, pues hay otros factores implicados, como

las relaciones de afectividad entre padres e hijos, el temor reverencial de los hijos hacia sus padres y tutores, el ambiente cultural de la familia y del entorno social, especialmente el escolar, en que vive el menor; y la necesidad del apoyo familiar que se requiere en la recuperación de la salud de éste, especialmente en las situaciones de drogodependencias.

Pero sobre todo ello, no debe olvidarse que en nuestro ordenamiento jurídico y en la normativa internacional se establece que cualquier actuación que se realice sobre un menor debe estar presidida por el principio fundamental del interés del menor, procurándole el mayor beneficio posible.

1.1. La noción de menor en nuestro ordenamiento jurídico

En nuestro Derecho parece que no existe una norma que claramente establezca quiénes se pueden considerar menores o jóvenes, aunque hay diversas disposiciones en donde se hace referencia a los mismos.

En todas ellas para establecer quiénes se pueden considerar como menores o jóvenes se toma como criterio determinante el de la edad.

En el ámbito civil, en el Título XI del Código civil, intitulado "De la mayor edad y la emancipación", se señala quienes son mayores de edad y menores emancipados, pero no se hace referencia a quienes son menores de edad, y, como se observa, así se refleja en la rúbrica de dicho título.

El art. 315 CC establece, en consonancia con el art. 12 de la Constitución Española, que "La mayor edad empieza a los dieciocho



años cumplidos”, disponiendo el art. 322 que “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

Tampoco define el CC que es la emancipación, sino que tan solo señala las causas que la producen y sus efectos. Sin embargo, la doctrina estima que la emancipación es la salida de la autoridad de la patria potestad o de la tutela, por las causas señaladas en la ley (art. 314), con la consecuencia jurídica de que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, salvo las excepciones establecidas en el propio CC (art. 323), disponiendo en otros preceptos que la emancipación exige como requisito que el menor, según las causas que la producen, haya cumplido 14 años (emancipación por matrimonio, arts. 316 y 48 CC) o 16 (emancipación por concesión de los que ejerzan la patria potestad o por concesión judicial, arts. 317 y 320 CC, respectivamente).

De esta regulación se deduce, *a contrario sensu*, que es menor de edad no emancipado todos los que no hayan cumplido 18 años, que no estén emancipados¹.

1 Sin embargo, esta idea sí que se encuentra recogida en *Ley 8/2008, de 20 de junio, de Derechos de salud de niños y adolescentes de la Comunidad Valenciana*, que en su art. 2 dispone: “Se entiende que son personas menores de edad quienes tienen una edad inferior a la mayoría de edad establecida en el Código civil, siempre que no hayan sido emancipadas o hayan alcanzado la mayoría de edad en virtud de lo dispuesto en la ley que les sea aplicable. La minoría de edad se entenderá referida a lo establecido en el Código penal para las disposiciones relativas a personas infractoras menores de edad.- b) Se entiende por infancia el período de vida comprendido entre el nacimiento y la edad de doce años, y por niñas y niños, las personas que se encuentran en dicho período de vida.- c) Se entiende por ado-

Esta idea viene refrendada en la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, cuyo art. 1. 4 dispone que “Al efecto de designar a las personas a quienes se aplica esta Ley, en el articulado de la misma se utiliza el término *menores* para referirse a las que no han cumplido dieciocho años, y el de *jóvenes* para referirse a las mayores de dicha edad” (hasta los veintiún años).

Sin embargo, en las leyes relativas a la infancia y a la juventud de las distintas Comunidades Autónomas², la distinción es diferen-

lencia el período de la vida comprendido entre la edad de trece años y la mayoría de edad establecida por ley o la emancipación, y por adolescentes, las personas que se encuentran en dicho período de vida”.

2 Así, *Ley de 20 de abril de 1998, de Andalucía*; *Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón*; *Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears*, y *Ley 10/2006, de 27 de julio, integral de la juventud*; *Ley 7/2007, de 13 de abril, de Juventud, de Canarias*; *Ley 8/2010, de 23 diciembre de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria*; *Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León*; *Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, de Cataluña*; *Decreto 406/2003, de 29 de octubre, por el que se modifica el Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia, de Galicia*; *Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja*; *Ley 8/2002, de 27 de noviembre, de Juventud, de la Comunidad de Madrid*; *Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia*; *Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, de Navarra*; *Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, de País Vasco*; *Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana*. Entre los pronunciamientos de la jurisprudencia



te. Hay Comunidades en las que menores son todos los que no han cumplido 18 años (Aragón, Canarias, Castilla y León, La Rioja, Región de Murcia, y Comunidad Valenciana); otras entienden que niño/as son los menores comprendidos entre el nacimiento y los doce años, y adolescentes, los comprendidos entre los 13 y la mayoría de edad (Cantabria, Cataluña, Navarra, y País Vasco); por último, otras estiman que jóvenes son las personas comprendidas entre los 14 y los 30 años (Ley integral de la juventud de las Islas Baleares, de Canarias y de Madrid).

Por lo que, como se observa, no hay un criterio homogéneo en nuestro ordenamiento jurídico a la hora de establecer quién es menor y quién es adolescente o joven.

1.2. Normas de protección de los menores en el Derecho español

En nuestro ordenamiento jurídico existe un conjunto de disposiciones jurídicas que regulan la situación de los menores y de los jóvenes, aún cuando hay otras normas de carácter general que también les son de aplicación, que proporcionan una cobertura de protección jurídica a los mismos.

Por lo que respecta a la normativa de carácter general, es necesario destacar la aplicación de la Constitución Española de 1978. En particular, el art. 10, que consagra el principio de respecto a la dignidad de la persona y los

dencia cabe destacar la STC (Pleno) 55/1994, de 24 de febrero, que entiende "Entre las distintas etapas que componen sucesivamente la biografía del ser humano hay una, la infancia, cuyo límite con la adolescencia pone nuestro ordenamiento jurídico entre los doce y catorce años".

derechos que le son inherentes, y en virtud de cuyo párrafo segundo en España se aplicaran todas las declaraciones que han ido emanando de los organismos internacionales sobre la infancia y los jóvenes (entre otros, de la UNICEF, de la ONU, de la OMS, de la OIT, y de la Unión Europea); y especialmente les será de aplicación la Sección 1ª del Capítulo II del Título I que se refiere a los "derechos fundamentales y libertades públicas" de los ciudadanos españoles, señalando como tales, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y a la integridad moral (art. 15), el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16), el derecho a la libertad y a la seguridad y la inviolabilidad del domicilio (art. 17), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18), el derecho a la libertad de expresión (art. 20), el derecho de asociación (art. 22), y el derecho a la educación (art. 27); el art. 14, que consagra el principio de no discriminación; el art. 43, que establece el derecho a la protección de la salud; y el art. 48, que establece la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

Como consecuencia de lo preceptuado en el párrafo 2 del citado art. 10 CE hay que señalar que en España es de aplicación un convenio trascendental en materia de menores, la *Convención sobre los Derechos del niño*, de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990³. Y por supuesto la *Declaración*

3 Por ende, también será de aplicación la legislación relacionada ratificada por España. Así, la *Carta Europea de los Derechos del niño de 8 de julio de 1992*;



Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948.

A los menores y jóvenes se hace referencia también en diferentes normas de la legislación ordinaria. Entre otras, cabe mencionar el Código civil y el penal.

En el *Código civil* se establecen una serie de disposiciones concretas que regulan la capacidad de obrar de los mismos, las relaciones paterno-filiales, o la constitución de instituciones jurídicas para su protección, como la adopción o la tutela, curatela o guarda de hecho.

En el *Código penal* se castigan de modo específico los delitos que se efectúen contra menores y jóvenes o se tiene en cuenta su edad para asignar una especial responsabilidad penal (*Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*).

Por último, y por la relación específica que tiene con la materia de que se trata, hay que mencionar 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 la que se hace referencia a los menores en cuanto a la autonomía de voluntad que pueden tener en el ámbito sanitario, y la legislación autonómica relacionada.

A raíz de la publicación de la Constitución, en España han publicado normas de protec-

la *Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo de los niños*, de Naciones Unidas, de 1990; la *Carta Europea de los niños hospitalizados de 16 de junio de 1996*; y el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina*, de 4 de abril de 1997, entre otras normas.

ción específica de los menores y de la juventud. De entre todas ellas, es necesario destacar la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en cuyo Preámbulo se señala que "El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad (...).- El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.- El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos". Esta Ley es aplicable a todos los menores de 18 años que se encuentran en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad (art. 1 de la Ley).

Sobre ella hay que hacer tres observaciones importantes: Por un lado, que esta ley considera a los menores como sujetos de derecho, y, sobre todo, de los derechos fundamentales; por otro lado, que reconoce la autonomía de actuación de los mismos; y, por último que en la aplicación de esta Ley primara el *interés superior* de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (art. 2).



En el Título I de la misma se realiza un reconocimiento general de los derechos contenidos en los Tratados Internacionales de los que España es parte, que además deben ser utilizados como mecanismo de interpretación de las distintas normas de aplicación a las personas menores de edad, y entre ellos se mencionan expresamente, a continuación, los derechos al honor; a la intimidad, a la propia imagen (art. 4), a la información (art. 5), a la libertad ideológica, de conciencia y religión (art. 6), a la participación, asociación y reunión (art. 7), a la libertad de expresión (art. 8), y el derecho a ser oído (art. 9). Derechos que recogen los ya reconocidos a la persona en la CE y los reconocidos a los niños en la Convención de los Derechos del niño. Llama la atención que entre todos esos derechos no se menciona el derecho de los menores y jóvenes a la vida y a la salud. Pero, por la remisión que se hace en el art. 3 de la propia ley a la Constitución y a la Convención de Derechos del niño, es indudable que tales derechos también se reconocen a los menores y jóvenes.

A raíz de la publicación de la Constitución y de las normas internacionales sobre protección de los menores, las Comunidades Autónomas han ido publicado leyes de protección de la infancia y de la juventud, ya señaladas, en las que se mencionan expresamente, entre los derechos que se les reconoce a menores y a jóvenes, el derecho a la vida y, especialmente, a la salud.

2. LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD

En nuestro derecho la capacidad de obrar de la persona (es decir, la aptitud o idoneidad de la misma para poder ejercer válidamente

sus derechos y obligaciones) se regula en el CC, especialmente en los arts. 314 y ss. Dicha capacidad se atribuye a la misma en función de la edad, particularmente, y de la posibilidad de entender y querer.

Como se ha indicado anteriormente, se consideran menores de edad todas las personas menores de 18 años (art. 315 CC *a contrario sensu*). Pero el menor de edad se puede encontrar en dos situaciones: la minoría de edad y la emancipación.

A) La minoría de edad

La minoría de edad es un estado de la persona que se extiende desde que nace hasta que se emancipa o alcanza la mayoría de edad. Por lo que las condiciones de madurez y de entendimiento de un menor son muy diferentes a lo largo de ese período de tiempo.

El Código civil no tiene un precepto similar al citado art. 322 (que determina la capacidad de obrar del mayor de edad) para establecer de manera general la capacidad de los menores de edad. Ello es debido a las diversas etapas por la que va pasando un menor; de manera que nuestra legislación les va reconociendo una capacidad gradual y progresiva (V. De Castro, 1984; Gete Alonso, 1992, Jordano Fraga, 1994, Ramos Chaparro, 1995, Sánchez Calero, 2000). En los casos en que el menor no tiene capacidad natural de entender y querer, el CC no otorga capacidad de obrar alguna; en estos casos, el art. 162 del mismo establece que "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados"; si los menores de edad no tienen padres, la representación legal la ostentarán los tutores que sean designados por el Juez (arts. 222 y 267 CC). La representación legal implica que



los padres o tutores actúan en nombre de los menores de edad (salvo los casos en que la ley exceptúa su actuación o aquellos en los que, además, requieren la autorización judicial; cfr. arts. 162, y 164 y ss. y 267 y 271 CC). Las funciones de padres y tutores deben ejercerse en beneficio del menor de edad (arts. 154 y 216 CC), y comprenden el deber de velar por los menores, alimentarlos, educarlos, procurándoles una formación integral, representarlos, y administrar sus bienes (cfr. arts. 154, y 267 y 269 CC, respectivamente).

Sin embargo, conforme van cumpliendo años, los menores pueden realizar ciertos actos o negocios de manera eficaz, tomando como referencia nuestro ordenamiento la edad de 12⁴, 14⁵ y 16⁶ años.

4 Así: a) El menor de edad que haya cumplido 12 años debe dar su consentimiento para ser adoptado (art. 177. 1º CC); b) En los procesos de nulidad, separación y divorcio, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, de las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor (art. 92. 6 CC); y c) El menor tiene derecho a ser oído siempre en los procedimientos y actos que le afecten (art. 9 de la LOPJM); d) En el ámbito penal, el menor de edad que haya cumplido 14 años puede ser responsable por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales (art. 1 de la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*).

5 En este sentido, el menor de edad que haya cumplido 14 años: a) puede optar por la nacionalidad española al ser adoptado por español (art. 20. 2, b, CC); b) puede optar por la vecindad civil correspondiente al lugar del nacimiento o por la última vecindad civil de cualquiera de sus padres (art. 14, 3, 4º CC); c) puede contraer matrimonio con dispensa judicial (art. 48 CC); d) puede hacer testamento notarial (art. 663. 1º CC); e) Para alterar el orden de los apellidos de los menores de edad, se requiere su aprobación en el expediente registral si tuvieren suficiente juicio (Disposición final única de la *Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre apellidos*).

6 Así, el menor de edad que haya cumplido 16 años: a) podrá administrar por sí mismo los bienes que haya

Para reforzar esta idea, el art. 162 del mismo, que atribuye la representación legal de los hijos menores no emancipados a los padres que ostenten la patria potestad, establece que se exceptúan de esta regla general: "1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, puedan realizar por sí mismos.- 2º. Aquéllos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3º (...)". El número primero de este precepto ha dado lugar a diversas interpretaciones en la doctrina civilista, debido a la imprecisión de su redacción. En este mismo sentido, el art. 267, con referencia a la tutela, dispone: "El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación". Por tanto, los actos relativos a los derechos de la personalidad o aquellos otros que pueda realizar por sí mismo el menor según sus condiciones de madurez, quedan sustraídos en principio a las funciones de la patria potestad o de la tutela⁷.

adquirido con su trabajo o industria (art. 164. 2, 3, CC); b) tiene que dar su consentimiento en documento público para que los padres puedan disponer de sus bienes inmuebles, objetos preciosos o valores mobiliarios (art. 166 CC); c) tiene que dar su consentimiento para la emancipación (art. 317 CC); d) En el ámbito sanitario, puede tomar decisiones sobre el tratamiento que deba aplicársele (art. 9, 3, c, 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 clínica* y sus correspondientes artículos en las leyes autonómicas que regulan la autonomía del paciente y sus derechos y deberes); e) En el ámbito laboral, puede realizar trabajos con las limitaciones establecidas en dicha legislación (arts. 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores).

7 También hay una referencia a las condiciones de



En esta misma línea de respetar la voluntad del menor de edad parece que se sitúa la *Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor*, en cuyo art. 2 se establece que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

Además, en el Código civil se tiene en cuenta la opinión de los menores de edad que tienen suficiente juicio antes de adoptar decisiones que les afecten, obligación que se impone tanto a los padres como al tutor en situaciones concretas⁸. En particular, el derecho a ser oído se recoge en el art. 9 de la LOPJM⁹.

De toda esta legislación parece que se desprende la relevancia que en nuestro ordenamiento jurídico se da al consentimiento del menor que reúna las condiciones de madurez suficientes para decidir sobre el ejercicio de sus derechos y la realización de sus propios actos.

madurez del menor en el art. 3, 1, de la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, que establece que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”.

8 Vgr. arts. del CC: 154, 156, con referencia a la patria potestad en caso de desacuerdo de los padres; 159, en la atribución de la custodia de los hijos; 231, 237, en la constitución de la tutela; 273, 280, en la aprobación de los actos del tutor.

9 Dicho art. dispone: “1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. (...)”, siendo completada esta disposición en los párrafos siguientes.

B) La emancipación

La emancipación implica la liberación del menor de edad de la sujeción a la autoridad de la patria potestad o de la tutela. Supone la independencia de los padres o tutores.

Esta emancipación se lleva a cabo por las causas establecidas en el art. 314 y siguientes del CC, con los requisitos exigidos en ellos¹⁰.

En cuanto a los efectos que produce la emancipación, están recogidos en los arts. 323 y 324 CC. El primero de ellos señala que “la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor”, lo cual significa que la emancipación le concede al menor una capacidad de obrar como si hubiera alcanzado la mayoría de edad. Pero, a continuación se establecen unas limitaciones a esa capacidad¹¹, de carácter patrimonial,

10 Las causas de emancipación señaladas en el art. 314 son: a) La mayoría de edad, la cual propiamente no es causa de emancipación, pues el mayor de edad, como se ha visto, adquiere plena capacidad de obrar, y el menor emancipado, como se verá, tiene ciertas limitaciones en su capacidad de obrar; sin embargo, la mayoría de edad supone la salida de la sujeción a la patria potestad y a la tutela, y en eso coinciden emancipación y mayoría de edad; b) La emancipación por concesión de los padres a los hijos mayores de 16 años, con su consentimiento, en escritura pública o mediante comparecencia ante el Juez Encargado del Registro civil (art. 317 CC). Es irrevocable; c) La emancipación por concesión judicial, a solicitud de un menor de edad que haya cumplido 16 años si lo considera conveniente el juez, y en los casos del art. 320; ahora bien, si el menor solicitante se encuentra sujeto a tutela, no se requiere otro presupuesto complementario (art. 321 CC). Es irrevocable; d) La emancipación por matrimonio de un menor mayor de 14 años si hay dispensa judicial (arts. 316 y 48 CC). Es irrevocable; e) La emancipación por vida independiente o beneficio de la mayor edad al mayor de 16 años concedida por los padres art. 319 CC), que es revocable.

11 Dicho precepto señala: “(...) pero hasta que llegue



que se instituyen en interés de los menores, para proteger su patrimonio de disposiciones que puedan perjudicarlo. Además, el precepto señala que “El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio”, lo que subraya la amplitud de capacidad de que dota el Código civil al menor emancipado. El art. 324 aplica este mismo criterio a los menores casados.

Ahora bien, fuera de estas limitaciones, que son de interpretación restrictiva, no existen otras. Por lo que con respecto a su persona, el menor emancipado puede actuar con plena libertad.

3. LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO

En el ámbito sanitario, la legislación específica ha tenido en cuenta la nueva visión que se ha ido construyendo en la normativa nacional e internacional acerca de los menores.

Así, el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina*, de 4 de abril de 1997 (el denominado Convenio de Oviedo), establece en el art. 6. 2, que: “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 de una persona o institución designada por la ley.- La

a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador”.

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 la ley estatal sobre la autonomía del paciente, 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*, donde se establece como principio general y esencial la exigencia del requisito del *consentimiento informado* para toda intervención en el paciente (art. 2), se introduce un precepto concreto en relación a los menores.

Dicho precepto es el art. 9.3, c), que dispone que se otorgará el consentimiento por representación “Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

De manera semejante se regula el supuesto en la legislación autonómica¹². Así, en la Ley

12 Dicha legislación es la siguiente: Orden de 28 de febrero 2005 de la Consejería de Sanidad de Canarias, que aprueba la Carta de los Derechos y de los Deberes de los Pacientes y Usuarios Sanitarios y se regula su difusión, aunque no se hace referencia expresa a los menores; Ley 5/2010, de 24 junio sobre derechos y de-



de Castilla-La Mancha (art. 20. 1, c); en la Ley de Castilla-León (art. 28, 3; en la Ley de Cataluña (art. 7. 2, d); en la Ley de Extremadura (art. 25. 1, c); en la Ley de Galicia (art. 6. 1, c), con alguna particularidad en esta última norma; en la Ley de Murcia (art. 46. 1, c, y 2); en Ley de Navarra (art. 51. 1, c); en el Decreto del País Vasco (art. 25. 7); y en la Ley de la Comunidad Valenciana (art. 9. 2); por último, hay que destacar la Comunidad Autónoma de Andalucía cuya Consejería de Sanidad ha publicado un Decreto en el que se contempla

beres en salud de Castilla-La Mancha; Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León; Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, de Cataluña; Ley 3/2005, de 8 julio de la Asamblea de Extremadura de Información Sanitaria y Autonomía del Paciente de Extremadura; Ley 3/2001, de 28 mayo del Parlamento de Galicia del Consentimiento Informado y de la historia clínica de los paciente, modificada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo; Ley 3/2009, de 11 mayo de la Asamblea Regional de Murcia de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de Región de Murcia; Ley Foral 17/2010, de 8 noviembre del Parlamento de Navarra de Derechos y deberes de las personas en materia de salud en Navarra; Decreto 38/2012, de 13 de marzo del país vasco sobre la Historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica; y Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana. También habría que referirse a las leyes de salud de las CCAA donde no tienen especial legislación sobre autonomía del paciente y que hacen referencia también al consentimiento informado; así, la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de la Comunidad Autónoma de la Rioja (art. 6), cuya regulación es similar a la ley estatal; la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón (art. 14. 1, c), cuya regulación es similar también a la de la ley estatal, y la Ley 5/2003, de 4 abril, de Salud de les Illes Balears (art. 12. 6), que señala expresamente que el consentimiento de los menores de 16 años corresponde a los padres o tutores y que la opinión del menor se tomará en consideración en función de su edad.

específicamente la situación de los menores en el ámbito sanitario, el Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, que regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad, en el que se hace referencia al consentimiento de lo menores en el art. 6; y la Comunidad Valenciana que ha publicado la Ley 8/2008, de 20 de junio, de Derechos de salud de niños y adolescentes de la Comunidad Valenciana, en los arts. 13.3º y 15.

Por otro lado, existen otras normas en el ámbito sanitario que también se refieren a la capacidad del menor; pero no de forma general, tal y como se realiza en la legislación sobre autonomía del paciente, sino en relación a supuestos específicos. Concretamente la Ley 41/2002 se refiere a algunas de ellas en el art. 9.4 al señalar que “La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”¹³.

13 Por lo que hay que acudir para abordar la capacidad del menor en estos ámbitos a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, al Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, y a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Además, se podría hacer referencia también a Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica y al Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, entre otras, donde también se hace referencia a la capacidad del menor.



En la norma estatal citada y en la normativa autonómica se distinguen diversas situaciones de capacidad en el menor, atendiendo fundamentalmente a la ausencia o no de capacidad intelectual y emocional (lo que en el art. 162 CC se denominan condiciones de madurez) y a la edad, por lo que convendría analizar dichos supuestos.

4. DISTINTOS SUPUESTOS DE CAPACIDAD DEL MENOR DE EDAD EN LA LEGISLACIÓN SANITARIA SOBRE AUTONOMÍA DEL PACIENTE

En la regulación sobre autonomía del paciente que contempla la capacidad del menor en el ámbito sanitario se diferencian varias situaciones. Ante todo, hay que distinguir entre la situación de los menores de edad no emancipados y los emancipados.

4.1. Capacidad del menor emancipado en el ámbito sanitario

En el citado art. 9. 3, c), segundo inciso, de la Ley 41/2002, y legislación autonómica concordante, se establece que *cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados, no cabe prestar el consentimiento por representación*. Por tanto, el menor emancipado tiene capacidad plena para decidir una actuación en el ámbito sanitario, sin asistencia de sus padres o tutores, que ya no son sus representantes legales, dado que una de las funciones de la emancipación es conceder al menor la independencia de la autoridad de dichos sujetos. Lo que concuerda con la capacidad de obrar que el Código civil atribuye a dichos menores en el art. 323. 1º, que dis-

pone que la emancipación “habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor”, estableciendo unas limitaciones sólo de carácter patrimonial a dicha capacidad.

Y, por tanto, la previa información tan solo se le debe dar a dicho menor, a menos que éste haya autorizado al profesional sanitario a proporcionarla también a otras personas (art. 5.1 de la Ley 41/2002 y legislación autonómica concordante).

Ahora bien, es claro que en los casos en que la propia ley establece límites al otorgamiento del consentimiento (existencia de riesgo para la salud pública o riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica), dicho consentimiento no se requerirá del menor, sino que procederá la actuación de las autoridades sanitarias o del profesional sanitario (art. 9. 2, a y b, de la Ley 41/2002 y legislación autonómica concordante). Del mismo modo, se producirá el otorgamiento por representación en los casos en que el menor no sea capaz de tomar decisiones o esté incapacitado judicialmente (art. 9. 3, a y b de la Ley 41/2002 y legislación autonómica concordante).

4.2. Capacidad del menor no emancipado en el ámbito sanitario

En la ley estatal y en la legislación autonómica no se establece una regulación única para todos los menores de edad no emancipados. En dichas regulaciones se establece una línea de separación entre los menores de 16 años y los mayores de esta edad.

A. Menor de edad mayor de 16 años

En el citado art. 9. 3, c), tercer inciso, de la Ley 41/2002, y legislación autonómica con-



cordante¹⁴, la capacidad de un menor de edad mayor de 16 años recibe el mismo tratamiento que un menor emancipado, considerando, por tanto, que cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Y, por ende, el receptor de la información debe ser también dicho menor y, en principio, excepto la salvedad a la que se hará referencia a continuación, otras personas que sean autorizadas por el mismo.

Sin embargo, hay que recordar que la situación jurídica de los menores de edad mayores de 16 años no emancipados no es la misma que la de los menores emancipados, pues aquellos, a pesar de poder tomar decisiones en el ámbito sanitario igual que éstos, no gozan de la misma capacidad de obrar ni de la misma independencia, estando bajo la autoridad de los padres o tutores.

Quizá por ello, la propia ley añade que "Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los

14 El mismo texto de la ley estatal se ha recogido prácticamente sin variaciones en la Ley Castilla-La Mancha (art. 20.2), la Ley de Castilla-León (art. 28.3), la Ley de Cataluña (art. 7, d), la Ley de Extremadura (art. 25. 1, c), la Ley de Galicia (art. 6, c), la Ley de la Región de Murcia (art. 46. 1, c), la Ley de Navarra (art. 51. 1, c), y en el Decreto de Andalucía (art. 6. 3) donde se establecen más precisiones al tratarse de una norma que regula específicamente el derecho de los menores a recibir atención sanitaria adaptada a su edad. En el mismo sentido, se pronuncia el *Decreto 49/2009, de 3 marzo de la Junta de Andalucía, sobre protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía*, en su art. 6. 2, a, y la *Ley 8/2008, de 20 de junio, de Derechos de salud de niños y adolescentes de la Comunidad Valenciana* en su art. 15.

padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente". En mi opinión, esta norma no cabe aplicarla a los menores emancipados, pues ya se ha indicado que en la esfera personal éste goza de plena capacidad de obrar. Por ello, parece que la norma se debe referir sólo al supuesto de menores de edad mayores de 16 años no emancipados, y aún así, no se comprende bien cuál es el alcance de la misma, dado que la propia legislación faculta a dichos menores par tomar decisiones por si mismos y no por representación (Parrá Lucán, 2003; Romeo Malanda, 2004). La norma tiene cierto sentido si se refiere a uno de los dos elementos del consentimiento, la información, pues no hay que perder de vista que se trata de un menor por lo general no independiente económicamente, que suele vivir en el hogar familiar, y que se encuentra sujeto a la patria potestad (o en su caso, a la tutela) de sus padres (o tutor), quienes, por otra parte, tienen el deber de atender a sus hijos o tutelados (arts. 154 y 269 CC). Así se reconoce en el art. 10. 2 de la Ley de Castilla-La Mancha.

Parece que la legislación ha tratado de establecer un equilibrio entre la autonomía de un menor con capacidad intelectual y emocional, con condiciones de madurez (y el respeto a su derecho a la intimidad, que también se establece expresamente en el ámbito sanitario en el art. 7.1 de la Ley 41/2002 y legislación autonómica) y la obligación de los padres y de los tutores de velar y atender a sus hijos y tutelados.

Piénsese en el caso de un hijo adicto al alcohol o al cannabis o al éxtasis que necesite



tratamiento, desintoxicación o deshabitación, y en cuyas distintas etapas es fundamental el apoyo del núcleo familiar. Resulta difícil pensar en la superación de estas adicciones simplemente con la actuación unipersonal del menor. Por lo que no parece desacertado que en esta situación de gravedad para la integridad física y psíquica del menor se informe a los padres o al tutor para que puedan proceder a apoyarlo en la recuperación de su salud¹⁵.

Otra cosa es que se produzca una negativa por parte del menor a que se informe a sus padres de la adicción padecida, simplemente por mor de temor reverencial o por que no se encuentre en condiciones afectivas o intelectuales conscientes. En este caso concreto parece que cabría aplicar la solución que proporciona el art. 9. 3, a, de la Ley 41/2002 (y legislación autonómica concordante), que establece que se otorgará el consentimiento por representación "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", añadiendo que "Si el paciente carece de representante legal,

el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho".

También se otorgará el consentimiento por sustitución si el menor estuviese incapacitado judicialmente (art. 9. 3, b de la Ley 41/2002).

En caso de que el menor pudiera llegar a tener un trastorno de personalidad, y entrara en crisis, o en caso, por ejemplo, en el que el consumo de cocaína cause un síndrome psicótico caracterizado por la aparición de delirios, trastornos confusionales y alucinaciones, o en el caso de consumo de alcohol del que se pueden derivar cuadros de alucinosis alcohólica o de Wernicke, Delirium Tremens o ciertos tipos de demencias, y fuera necesario internarlo en un centro de salud, y se trata de menor de edad mayor de 16 años, no incapacitado judicialmente, pero sin capacidad para tomar decisiones libres y conscientes, en estos supuestos, no se aplica la legislación que se acaba de señalar, sino que es de aplicación el régimen jurídico de la incapacitación, y concretamente el art. 763 de la LEC, según el cual el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento, previamente a éste. Pero exceptúa de esta regla la existencia de situaciones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida; en este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se

15 Así, por ejemplo, la *Ley 11/2010, de 17 diciembre, de prevención de consumo de bebidas alcohólicas en menores en Galicia*, considera el ámbito familiar como ámbito de prevención, estableciendo en el art. 9 que "Los programas, actuaciones o medidas de prevención en este ámbito habrán de tener en cuenta los siguientes criterios: 1. Fomentar la participación de las familias, dada su importancia como agentes de salud. 2. Potenciar las habilidades educativas y de comunicación en el seno familiar, aumentando su capacidad para prevenir el consumo y resolver los problemas derivados, así como para la mejora de la cohesión y el apego familiar, velando especialmente por el mantenimiento de actitudes correctas".



proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal (Alventosa, 2013).

De la misma manera serían de aplicación las limitaciones reguladas en el art. 9. 2 de la ley estatal y legislación autonómica correspondiente. Es decir, existencia de riesgo para la salud pública o riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica, en cuyos casos dicho consentimiento no se requerirá del menor, sino que procederá la actuación de las autoridades sanitarias o del profesional sanitario (art. 9. 2, a y b, de la Ley 41/2002 y legislación autonómica concordante).

B. Menor de edad menor de 16 años

A los menores de edad, que sean menores de 16 años, parece referirse el art. 9. 3, b, primer y segundo incisos, por contraposición al segundo inciso, ya referido, que señala que se otorgara el consentimiento por representación "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". En el mismo sentido y prácticamente con el mismo texto se ha recogido en la legislación autonómica¹⁶.

16 Así, Decreto de Andalucía (art. 6 1 y 2); Ley de Castilla-La Mancha (art. 20.1, c); Ley de Castilla-León (art. 28.3); Ley de Cataluña (art. 7, d); Ley de Extremadura (art. 25. 1, c); Ley de Galicia (art. 6, c); Ley de la Región de Murcia (art. 46 1, c); Ley de Navarra (art. 51. 1, c, y 2); Ley del País Vasco (art. 25.7); Ley de la Comunidad Valenciana (art. 9, 2), exigiéndose en

Y ello se establece en consonancia con lo que dispone el citado Convenio de Oviedo (art. 6.2), y el Código civil, que en los arts. 154, 162. 1º y 267 estipulan que si el menor de edad no tiene suficiente grado de madurez para ejercitar los derechos que le incumben, tal ejercicio corresponde a sus representantes legales (Díez-Picazo, 1984; Laruz, Sancho, 1989; Sánchez Calero, 2000).

Como se observa, el consentimiento corresponde en este caso a los representantes legales¹⁷.

Galicia y en la Comunidad Valenciana que se acredite la situación de representante legal fehacientemente y que esté legalmente habilitado para tomar decisiones por el menor. Y también *Ley 8/2008, de 20 de junio, de Derechos de salud de niños y adolescentes de la Comunidad Valenciana* en su art. 13.3º, que remite a la ley estatal.

17 Con referencia a la información que se debe a los representantes legales, destaca la necesidad de dicha información la SAP de Navarra (Sección 1ª) 20/2002, de 1 febrero, que contempló el caso de una menor que fue sometida a intervención quirúrgica, con el resultado de entrar en coma y de graves lesiones neurológicas, y de cuyas consecuencias no fueron informados debidamente los padres, alegando el equipo médico que realizó la operación porque consideraron necesaria la realización de la misma. La Sala señaló que "Ninguna duda debe ofrecer, que el consentimiento debió ser prestado por los padres, en cuanto eran los representantes legales de la menor, por estar ésta sometida a la patria potestad de aquellos, información que no se ha probado tuviera lugar de forma efectiva y real, y que debe hacernos concluir en la inexistencia del consentimiento informado real y eficaz. Tampoco puede excluirse el consentimiento informado, por la circunstancia de que la intervención fuera necesaria, tal y como se recoge en la sentencia de primera instancia, pues no es la necesidad de una intervención, una de las causas de excepción a ese consentimiento informado, sino la urgencia, tal y como recoge el precepto antes invocado, pues sólo puede prescindirse del consentimiento informado, cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, circunstancia esta que evidentemente no se da en el caso de autos sin que su consentimiento



Sin embargo, se establece la obligación de oír al menor de doce años cumplidos, tanto en la ley básica como en la legislación autonómica. Lo que concuerda con el derecho de los menores a ser oídos que se establece en la LOPJM (art. 9). Y con lo establecido en el art. 5.2 de la ley estatal al señalar que “El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”. Recogiéndose de la misma manera en la legislación autonómica¹⁸. Dicha información se dará al menor de modo adecuado a su capacidad, y teniendo en cuenta su edad, su madurez, su estado afectivo y psicológico, siendo informados, además, sus representantes legales.

Por tanto, en este supuesto no se plantea problema alguno acerca de quien tiene la potestad de decisión respecto a las intervenciones que se hagan sobre los menores de edad.

Por lo que, en caso de drogodependencias, y de la necesidad de aplicación de un tratamiento farmacológico, terapéutico, psicológico, psiquiátrico, o ingresos hospitalarios en su caso, la decisión corresponde a los representantes legales del menor, salvo en caso de in-

pueda considerarse, que deba ser suplido, sin ningún control judicial por los facultativos”. El precepto al que se refiere la Audiencia es el derogado actualmente 10.6 LGS. Dicha sentencia fue ratificada por el TSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) en Sentencia 20/2002, de 6 septiembre.

¹⁸ Así, Decreto de Andalucía (art. 5), que establece además esta información como un derecho del menor y lo regula con mayores precisiones; Ley de Castilla-La Mancha (art. 10); Ley de Castilla-León (art. 18); Ley de Cataluña (art. 3); Ley de Extremadura (art. 5); Ley de la Región de Murcia (art. 31); Ley de Navarra (art. 43. 2); Ley de la Comunidad Valenciana (art. 6.3), y Ley de salud de los menores de la Comunidad Valenciana (art. 13).

ternamientos del mismo en centros de salud mental, pues ello se rige por el mencionado art. 763 de la LEC.

C. Capacidad del menor de 16 años con condiciones de madurez

Esta situación en que se puede encontrar el menor de edad es, quizá, la que ofrece mayores dudas a la doctrina, puesto que la ley estatal no aborda con claridad el supuesto (Nieto Alonso, 2008).

Como se ha visto, la legislación estatal establece de forma clara, aunque con algunas incertidumbres, la capacidad que se atribuye a un menor de edad mayor o menor de 16 años, en cuanto dispone que, respecto de los primeros, se presta el consentimiento por representación, y respecto de los segundos, que no cabe tal representación, otorgando dicho consentimiento el propio menor.

Sin embargo, el art. 9. 3, c, de la ley estatal señala que “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”. Por lo que parece desprenderse, *a contrario sensu*, que el menor de edad inferior a los 16 años que sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención podría otorgar el consentimiento por si mismo¹⁹.

¹⁹ Salvo en el *Decreto 49/2009, de 3 marzo de la Junta de Andalucía*, art. 6.2, b, en el que claramente en relación a las intervenciones de cirugía estética, establece una línea divisoria clara: los mayores de 16 años pueden prestar su consentimiento por si mismos,



Ello estaría en consonancia con lo que dispone el CC pues al menor de edad con suficiente grado de madurez se le reconoce el derecho a ejercitar los actos correspondientes a sus derechos de la personalidad (y otros actos, según el art. 162, párr. 2º, núm. 1º, CC). Las decisiones sobre su estado de salud serían decisiones que afectarían a su integridad física y a su vida, y por tanto, serían actos relativos a derechos de la personalidad.

La legislación específica no trata de la misma manera esta situación, ofreciendo distintas soluciones:

Así, en la ley estatal, como se acaba de indicar, y en casi todas las leyes autonómicas, que la siguen, se contraponen la situación de menores emancipados y mayores de dieciséis años, a la situación de menores de edad incapaz intelectualmente y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (es decir, menores sin condiciones de madurez)²⁰. En estas leyes, sin embargo, no se hace referencia a la situación de menores que no hayan cumplido 16 años con condiciones de madurez, salvo el inciso que se ha transcrito y que no precisa la situación legal de tales menores.

Por su parte, en la Ley de Cataluña (art. 7, 2, d), se distinguen tres situaciones: por un lado, la situación del menor de edad sin con-

mientras que en el caso de los menores de 16 años son los padres quienes otorgan el consentimiento.

20 Así, en la Ley 1/2002 (art. 9. 3, c), en la Ley Castilla-La Mancha (art. 20.2), la Ley de Castilla-León (art. 28.3), la Ley de Extremadura (art. 25. 1, c), la Ley de Galicia (art. 6, c), la Ley de la Región de Murcia (art. 46. 1, c), la Ley de Navarra (art. 51. 1, c), y en el Decreto de Andalucía (art. 6. 3).

diciones de madurez (los que no están capacitados para comprender ni emocionalmente ni intelectualmente el alcance de la intervención sobre su propia salud), por otro lado, la situación de "el resto de los casos", y de otro, dentro de esta última, menores emancipados y mayores de dieciséis años. En el resto de los casos, que alude a menores con condiciones de madurez (por contraposición a la otra situación que se describe anteriormente, menores no capacitados y que requieren el consentimiento de su representante legal), parece que el menor puede otorgar su consentimiento personalmente, sin necesidad ni siquiera del complemento de capacidad de sus representantes legales.

Por último, en la Ley de la Comunidad Valenciana (art. 9, 2) se distinguen dos situaciones: por un lado, la del menor de edad sin condiciones de madurez, y, por otro lado, la del menor de edad, con condiciones de madurez, sin señalar edad concreta. Para este segundo supuesto, la ley establece que se le dará la información adecuada a su edad, formación y capacidad, y que será oída su opinión, que será tenida en cuenta como un factor tanto más determinante en función de su edad o de su grado de madurez; pero quien otorga el consentimiento serán sus representantes legales. Es decir, en esta Comunidad Autónoma, el menor no tiene capacidad de otorgar su consentimiento; tan solo tiene derecho a ser oído²¹.

Sin embargo, hay que recordar que la ley estatal tiene el carácter de básica (Disposi-

21 Aunque parece que esta disposición queda corregida por la Ley de los derechos a la salud y los niños y adolescentes en los citados arts. 13 y 15.



ción Adicional Primera), y que, por tanto, las Comunidades Autónomas no podrán legislar contraviniendo el marco jurídico establecido por la misma. De modo que la fijación de las edades establecidas en ésta es de aplicación en las Comunidades Autónomas (Romero Malanda, 2004).

Las dudas que se plantean con referencia a los menores de 16 años con capacidad intelectual y emocional o con condiciones de madurez para entender la intervención se refieren fundamentalmente a qué alcance tiene la capacidad intelectual y emocional o las condiciones de madurez, quién valora esas condiciones de madurez, y si teniéndolas el menor, su consentimiento tiene un valor definitivo.

En cuanto a qué son las condiciones de madurez o la capacidad intelectual y emocional, la legislación específica no las define. La doctrina ha venido entendiendo que el suficiente grado de madurez implica el conocimiento del contenido de los derechos que se ejercitan y de los efectos y consecuencias de este ejercicio (Díez-Picazo, 1984; González Pacanowska, 1984; Sánchez Calero, 2000; Romero Malanda, 2004). Por su parte, en el ámbito de las intervenciones de cirugía estética, el *Decreto 49/2009, de 3 marzo de la Junta de Andalucía*, define la madurez psicológica como "Desarrollo suficiente de la capacidad intelectual y volitiva de la personalidad, que le permite la toma de decisiones con un conocimiento apropiado de su fundamento, una previsión razonable de sus consecuencias y una asunción lógica de las mismas, de forma adecuada al contexto" (art. 2, f). Por otra parte, hay que señalar que la diversidad de intervenciones requiere una comprensión

diferente por parte del menor (Martínez-Pereda Rodríguez, 1998; Romeo Casabona, 1981, Romeo Malanda, 2004; Moreno Antón, 2011).

Por lo que se refiere a la valoración de las condiciones de madurez, no existe ninguna norma en nuestro derecho que determine con carácter general los criterios de valoración de estas condiciones²². Un sector de la doctrina estima que reúnen esas condiciones de madurez los menores de edad mayores de dieciséis años (Sánchez Caro, Sánchez Caro, 1998)²³. Más precisamente, la doctrina mayoritaria ha entendido que estas condiciones de madurez deberán ser valoradas en cada caso concreto y para cada acto en particular (Sánchez-Calero Arribas, 2005).

En cuanto a quién debe valorar esas condiciones de madurez, también hay discrepancia en nuestra doctrina. Para un sector de la misma, parece que la valoración de las condiciones de madurez de los menores la deben realizar los padres o tutores, que son los responsables de los actos de los hijos o de los menores tutelados, y en su defecto, el Juez (Díez-Picazo, 1984). Sin embargo, la mayoría de la doctrina estima que la valoración de las condiciones de madurez se realiza en el ámbito sanitario, y, por tanto, la deberían realizar los médicos²⁴ (Sánchez Caro, Sánchez

22 Salvo en el *Decreto 49/2009, de 3 marzo de la Junta de Andalucía*, en el que se hace referencia al examen psicológico que se requiere para valorar la madurez del menor que se va a someter a la intervención de cirugía estética (art. 2, g).

23 Cabe recordar que en nuestro Código civil existen actos que pueden realizar válidamente los menores con edad inferior a los 16 años.

24 Sin embargo, para ello sería necesario que los médicos conocieran la ley. En un estudio realizado por



Caro, 1998; Martínez-Pereda, 1998; Romeo Malanda, 2004; Nieto Alonso, 2008; Moreno Antón, 2011); en este sentido se pronuncian la leyes de Galicia (art. 6, b) y de la Comunidad Valenciana (art. 9,2), que hacen mención expresa del médico responsable²⁵.

Ahora bien, la cuestión fundamental que se plantea es la de si el menor de edad no emancipado y menor de 16 años con esas condiciones de madurez puede dar por sí solo un consentimiento válido a una intervención médica. En esta cuestión la doctrina se haya dividida.

Un sector de la doctrina ha defendido la idea de que los menores que reúnan las condiciones de madurez suficientes y puedan conocer el alcance del acto médico, están facultados para prestar por sí mismos el consentimiento para autorizar la intervención médica, por virtud de lo dispuesto principalmente en el art. 162, 1º, CC en relación con

médicos pediatras (multicéntrico mediante encuesta anónima dirigida a 400 médicos de Atención Primaria y Atención Especializada) sobre el conocimiento que los médicos tienen de la ley estatal (Sánchez Jacob M, Riaño Galán I, Martínez González C. (2008). Evaluación de los conocimientos legales y éticos de los profesionales sanitarios en relación con el adolescente. *Revista Pediatría Atención Primaria*, 10:443-56), los autores concluyeron que los conocimientos de la LBAP son escasos: el 25% conoce cuál es la mayoría de edad sanitaria y el 34% sabe que la persona encargada de valorar la madurez es el médico del paciente. La doctrina del menor maduro la conoce en profundidad el 8,5%. Solo el 23,6% utiliza la firma del menor en el consentimiento informado. El 73% de los encuestados refiere no tener dificultad para considerar maduro a un menor de edad y se siente capaz de deliberar con él cuando existe un conflicto de intereses.

25 En el *Decreto 49/2009, de 3 marzo de la Junta de Andalucía*, dado que el Informe de madurez es de carácter psicológico, la valoración la emite un profesional de la Psicología (art. 2, h).

la legislación protectora de los menores de edad y con lo dispuesto en el art. 3. 1, de la *Ley Orgánica de Protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, que, como se ha visto, conceden relevancia jurídica a la voluntad del menor (Galán Cortés, 1997).

Por el contrario, algunos autores entienden que no existe base para una interpretación extensiva que permita al menor tomar decisiones sobre los tratamientos médicos, fundamentando esta postura, aduciendo la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de febrero de 1991, que señalaba que la vía de decisión deja indemne la capacidad de decisión personal del menor que puede y debe ser complementada por aquellos que tienen el derecho y el deber de formar a quienes están bajo su guarda (Sánchez Caro, Giménez Cabezón, 1995; Martín Morón, 1999; Sánchez Calero, 2000).

En cuanto a la jurisprudencia, ésta no ha tenido pronunciamientos que pudieran aclarar esta cuestión. Sin embargo, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse en la sentencia de 18 de julio de 2002, en cuanto hace referencia a la relevancia que puede tener la oposición del menor al tratamiento, es decir, el alcance del consentimiento del menor. El TC, por un lado, reconociendo que nuestro ordenamiento jurídico concede relevancia al consentimiento del menor en relación a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad y que el art. 162, 1º CC excluye de los actos relativos a los derechos de la personalidad la representación legal de los padres, señala que esta exclusión no alcanza al deber de velar y cuidar del me-



nor y sus intereses; y, por otro lado, considera que “el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos (...), no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, 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”, toda vez, recuerda, que el valor vida es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible (SSTC 53/1985, de 11 de abril y 120/1990, de 27 de junio). De lo que se desprende que la validez del consentimiento del menor de edad en lo que se refiere a su vida tiene limitaciones. A pesar de lo expuesto, parece que el TC no precisa el alcance que puede tener el consentimiento del menor de edad ni las condiciones de madurez que debe exigírsele. Por lo que sigue abierto el debate de la interpretación de estas cuestiones.

5. SITUACIONES DE CONFLICTO EN EL ÁMBITO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En el ámbito del consentimiento informado se pueden plantear diversas situaciones de conflicto, bien porque exista disparidad de criterios entre el menor y sus representantes legales, bien porque exista dicha disparidad entre el médico responsable y los representantes legales del menor. A dichos conflictos no dan solución expresa ni la ley estatal ni la legislación autonómica²⁶, y en las referencias

26 Salvo la Ley de Derechos de salud de niños y adolescentes de Valencia que en su art. 16, y bajo la rúbrica de “Conflicto de voluntades”, dispone que “En caso de

que se hacen a dichos conflictos, se remiten a la legislación civil.

a) En caso de discrepancia entre la voluntad del menor y de sus representantes legales, la solución está en consonancia con la edad del menor.

Si el menor es mayor de 16 años, la decisión, como establece la legislación estatal y autonómica, corresponde al menor. Si los padres discrepan del menor considerando que se trata de una decisión que perjudica sus intereses queda abierta la vía judicial a la que pueden acudir, incluso en casos de urgencia (art. 158 CC).

Si se trata de un menor de edad inferior a los 16 años con condiciones de madurez, las opiniones divergen en la doctrina. Hay autores que estiman que la decisión de cuál de los dos consentimientos (el del menor o el de los representantes legales) debe prevalecer corresponde al médico responsable, quien debe decidir atendiendo a las condiciones de madurez del menor y a la oportunidad o no de la intervención a su juicio, decantándose por la prevalencia del consentimiento del menor maduro (Jorge Barreiro, 1982; Ataz López, 1985; Romeo Malenda, 2004, Siso Martín, 2009; Santos Morón, 2011). En mi opinión, esto significa cargar al médico con mayor responsabilidad de la que ya tiene. Hay que recordar que el art. 162.2 CC exceptúa la representación legal de los padres en aquellos actos en que existe conflicto de intereses

conflicto entre la voluntad del paciente menor de edad, pero con capacidad natural de discernimiento, y la de sus padres, tutores o representantes legales, el médico se acogerá a lo dispuesto en la legislación civil en la materia”.



con el hijo. Y en estas situaciones, el art. 163 CC establece el nombramiento de un defensor del menor que los represente en juicio y fuera de él. Y además, nada impide aplicar la norma citada del art. 158 CC, es decir, el recurso a la autoridad judicial que tanto puede ser ejercitado por el menor, el médico responsable o los representantes legales del menor (Galán Cortés, 1997; Alventosa, 2003).

Si se trata de un menor de edad inferior a los 16 años pero sin condiciones de madurez, no se deberían plantear en principio casos de discrepancia entre la voluntad del menor y la de los representantes legales, dado que en este caso el consentimiento lo otorgan éstos.

Por otra parte, si la situación de discrepancia se produjera entre uno de los progenitores frente al otro y el menor, podría aplicarse la norma del art. 156. 2º CC, que permite la posibilidad de acudir al Juez, quien después de oír a ambos progenitores y al hijo si tuviere suficiente juicio, y en todo caso, si fuere mayor de doce años, puede atribuir la facultad de decidir al padre o a la madre (Alventosa, 2003). Casos de conflicto que suelen aparecer en las situaciones de separación y divorcio de los progenitores²⁷.

27 Así, en la STSJ de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), 167/2011, de 4 marzo, se planteó el caso de una solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por un padre en proceso de divorcio, que dice tener la guarda y custodia del hijo menor de 2 años, y que aduce que no se le ha informado del estado de salud del menor, irrumpiendo en un momento dado en la consulta de la pediatra que en ese momento estaba en consulta con la madre y el menor. La pediatra le respondió que esa información se le facilitaba a quien acompañaba al menor y que también podía solicitar dicha información por escrito ante los servicios administrativos correspondientes. El padre entonces denun-

b) Por el contrario, si la voluntad de los representantes legales, padres o tutores, coincide con la del menor, no se plantearía en principio ninguna situación de conflicto, pues los intereses de ambas partes convergen. En este supuesto, sin embargo, el conflicto se suscita cuando, a pesar de la coincidencia de voluntades de representantes legales y menor, el médico responsable considera que la decisión de ambos podría ser perjudicial para los intereses del menor de edad, pues con ella se pondría en peligro la vida o la integridad física del mismo²⁸.

ció los hechos a la policía y al Colegio de Médicos, e interpuso el correspondiente recurso ante el Servicio Madrileño de Salud y posteriormente recurso contencioso-administrativo, alegando que se le había denegado la información sobre el estado de salud de su hijo, que se le había discriminado, y que se le había provocado daño moral, pues el estado de ansiedad que esto le produjo determinó que en el procedimiento correspondiente se le atribuyera la guarda y custodia del menor a la madre. El TSJ entendió que la pediatra había actuado de forma prudente y ajustada a las circunstancias, pues su respuesta no supuso una negativa a facilitar la información sino la remisión al cauce procedimental adecuado, conclusión que se refuerza al examinar el expediente administrativo donde no se aprecia negativa alguna a facilitar la información y sí una solicitud de documentación jurídica encaminada a asegurar el derecho del menor a que la información sobre su salud llegase a manos de quien legalmente podía disponer de ella, considerando el TSJ que no se había producido discriminación y que el estado de ansiedad nada tenía que ver con la atribución de la guarda y custodia a la madre. Por todo lo que desestimó el recurso.

28 Dicho conflicto se ha planteado en nuestros Tribunales en casos relativos a miembros de la Asociación religiosa de los Testigos de Jehová respecto a la realización de las transfusiones de sangre. En estos supuestos nuestros Tribunales han dictaminado siempre a favor de la realización de la transfusión de sangre, en contra de la voluntad de los padres y del propio menor, en virtud del principio de primacía de la vida sobre la libertad religiosa y en razón de la situación de urgencia para la vida del menor. Sin embargo, en la citada STC 18 de julio de 2002, el Tribunal Constitucional resolvió



En estos casos, no cabe duda que cabe el recurso ante la autoridad judicial por vía de los arts. 158, 4º, y 216 CC, salvo que el médico pueda actuar sin requerir ningún consentimiento por tratarse de una situación de urgencia (Sánchez Caro, Sánchez Caro, 1998; Alventosa, 2003; Siso Martín, 2009). Esta postura no se recoge expresamente en la ley estatal, pero sí en la legislación autonómica. Así, en la Ley de Castilla-La Mancha el art. 20.3 dispone que "En el caso de que la decisión del representante legal pueda presumirse contraria a la salud del menor o incapacitado, el profesional responsable deberá poner los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil". Y en el mismo sentido, prácticamente con el mismo texto, la Ley de Galicia (art. 6, d), la Ley de la Región de Murcia (art. 46.4), la Ley de Navarra (art. 51.3), y la Ley de Derechos de salud de niños y adolescentes de Valencia (art. 17), en la que se hace una precisión al señalar que cualquier acción u omisión de los padres lesionando los derechos de los menores no obligará al médico responsable. Dos observaciones hay que destacar en estas normas: por un lado, que se hace responsable al facultativo que atienda al menor de poner esta circunstancia en conocimiento del juez (salvo en la Ley de Galicia, que guarda silencio al respecto), y, por

la exoneración de unos padres que habían negado el consentimiento para realizar la transfusión al hijo, que falleció posteriormente, considerando que la condición de garantes de los padres, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, no podía contradecir su derecho fundamental a la libertad religiosa (Alventosa, 2000).

otro lado, que dicha actuación se realiza de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil (ya citada).

6. RECAPITULACIÓN FINAL

Como se observa, en punto a la capacidad del menor de edad para tomar decisiones en el ámbito sanitario, no existe una opinión homogénea ni en la doctrina jurídica ni en la sanitaria.

En mi opinión, tanto si se trata de un menor de 16 años (con condiciones de madurez o sin ellas) o de un mayor de 16 años, hay que partir de la idea de que se debe tratar a los mismos con pleno respeto a su dignidad, personalidad, intimidad, y a su propia autonomía.

Ello no implica dejar de lado a los padres o tutores, pues éstos tienen el deber y la responsabilidad de velar por la salud de sus hijos y tutelados.

Por tanto, aunque se trate de menores de 12 años y sean sus padres o tutores quienes tomen la decisión, parece conveniente implicar al menor en la toma de decisiones, procurando una interrelación entre menores y representantes legales, toda vez que en materia de drogodependencias, la actitud del sujeto afectado es fundamental para restaurar su salud.

En el caso de menores de 16 años con condiciones de madurez, el caso más problemático por el vacío legal existente, parece que la doctrina mayoritaria estima que es el menor quien debe de tomar la decisión sobre su propia salud. Esto supone en el ámbito de las drogodependencias decidir sobre el tratamiento y el ingreso en un centro de



rehabilitación o deshabitación. En este caso, no hay que olvidar de que se trata de un menor no emancipado, bajo la potestad de sus padres o tutores, y dependiente económicamente de sus padres o tutores. Y siendo así, se aparta a los padres de una decisión que les afecta, tanto a nivel emocional como económico. Quizá se debería plantear, como así se ha hecho en otras situaciones de trascendencia (reproducción asistida, trasplantes de órganos, reproducción asistida, etc.), la existencia de limitaciones al otorgamiento del consentimiento por el menor (Romeo Casabona, 2003; Parra Lucán, 2003; Romeo Malanda, 2004; De Lora, Gascón, 2008, Moreno Antón, 2011), e implicar a los padres en la decisión a tomar por el menor.

Pero para ello, en esta situación, para valorar el consentimiento del menor y la información a los padres, hay que tener en cuenta otros factores.

Por un lado, el derecho a la intimidad del menor, que debe ser garantizado.

Por otro lado, si la decisión del menor está bien fundamentada, pues cabe que el menor no quiera que se informe a sus padres por temor reverencial o temor a un posible rechazo familiar o social.

Por último, el entorno cultural y social del menor, que en algunos casos puede ser contrario al beneficio e interés del menor, y en otros, puede suponer el apoyo fundamental para recuperar la salud del menor.

Otra cuestión que se plantea es que la decisión de si se hace valer el consentimiento del menor o de los padres recae sobre el

médico responsable. Pero, como se ha indicado anteriormente, ello supone agravar la responsabilidad que ya tiene el médico, y que puede no ser la decisión acertada. Por lo que cabría utilizar otros recursos existentes en el ámbito sanitario. Entre ellos, la consulta a equipos formados por profesionales de la psicología, y, en su caso, de la psiquiatría (Del Río Sánchez, 2010), la consulta a los Comités de ética asistencial, o la utilización de la mediación sanitaria. Y ello conllevaría una menor judicialización de la materia que tratamos (González Mirasol, 2005; Nieto Alonso, 2008).

Todo ello a fin de encauzar convenientemente la decisión del menor en correlación con las de sus padres o tutores.

Similares consideraciones cabría realizar respecto a los menores mayores de 16 años, pues, aún cuando la legislación permite expresamente que tomen la decisión por sí mismos, se trata de un menor, que al igual que el caso anterior, se encuentra bajo la patria potestad de sus padres, vive en el hogar familiar y depende económicamente de los mismos.

En este sentido, pues, nos encontramos con un vacío legal que, sin embargo, en algunas situaciones específicas se ha regulado pormenorizadamente, tal como sucede en el *Decreto 49/2009, de 3 marzo de la Junta de Andalucía, sobre protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía*, teniendo en cuenta en este tipo de intervenciones no incide de manera crucial, como en el ámbito de las drogodependencias, en la salud del menor.



BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

- Alventosa del Río, J. (1999). Notas sobre el derecho a la libertad religiosa del menor. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte* (1). Castellón, pp. 33-38.
- Alventosa del Río, J. (2000). Relevancia del consentimiento en el conflicto entre el derecho a la vida y a la libertad religiosa. *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*. Granada-Jaén, pp. 99-116.
- Alventosa del Río, J. (2003). El derecho a la autonomía del paciente. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, I, Semblanza. Derecho civil. Parte General*. Madrid, pp. 173-205.
- Alventosa del Río, J. (2003). La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos, y obligaciones en materia de información y documentación clínica (I y II). *Revista Española de Drogodependencias*, 28 (3 y 4), pp. 270-284 y 384-401.
- Alventosa del Río, J., (2013). Incapacitación y drogodependencias. *Revista Española de Drogodependencias*, 37 (1), pp. 67-81.
- Ataz López, J. (1985). *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Ed. Montecorvo.
- de Castro y Bravo, F. (1984). *Derecho civil de España*. T. II, Madrid.
- de Lora, P.; Gascón, M. (2008). *Bioética. Principios, desafíos, debates*. Madrid.
- Díez-Picazo, L. (1984). *Familia y Derecho*. Madrid.
- Galán Cortes, J.C. (1997). *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*. Madrid: Ed. Colex.
- García Garnica, M. C. (2004). *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*. Navarra: Ed. Thomson Aranzadi. Cizur Menor.
- Gete Alonso, M^a. C. (1992). *La nueva normativa en capacidad de obrar de la persona*, 2^a ed. Madrid.
- González Mirasol, P. (2005). Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica. *Diario La Ley*, 6326, pp. 1613-1635.
- González Pacanowska, I. (1984). Notas sobre la protección del menor en la esfera de los denominados "derechos de la personalidad" con especial referencia a la imagen. *La tutela de los Derechos del menor*. Córdoba, 1984.
- Gracia, D.; Jarabo, Y.; Martín Espíldora, N.; Ríos, J. (2001). Toma de decisiones en el paciente menor de edad. *Medicina Clínica*, 117 (5), pp.179-190.
- Jordano Fraga, M. (1984). La capacidad general del menor. *Revista de Derecho Privado*, pp. 884 ss.
- Jorge Barreiro, A. (1982). La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento quirúrgico. *Cuadernos de política criminal*, 16, pp. 5-34.
- Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F. (1989). *Elementos de Derecho civil*, T IV, *Derecho de Familia*, 3^a ed. Barcelona: Ed. Bosch.
- Martín Morón, M^a. T. (1999). La representación legal de los hijos en la esfera



personal. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte (II)*. Castellón, pp. 559-564.

Martínez, C. (2009). Problemas éticos y legales en Pediatría. Consentimiento informado en menores. *Boletín de Pediatría*, 49, pp. 303-306.

Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. (1998). La minoría madura. *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario-Fundación MAPFRE medicina*. Madrid: Ed. Mapfre.

Moreno Antón, M. (2011). La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario. *AFDUAM*, 15, pp. 95-123.

Nieto Alonso, A. (2008). La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración a la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud. *Diario La Ley*, 7041.

Parra Lucán, M^a. A. (2003). Dos apuntes en materia de responsabilidad médica. *Derecho y Salud, Extraordinario: IX Congreso Derecho y Salud*. 11 (1), pp. 1-14.

Parra Lucán, M. A. (2003). La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español. *Aranzadi Civil*, 1, pp. 1901-1930.

Ramos Chaparro, P. (1995). *La persona y su capacidad civil*, Madrid.

Río Sánchez, C del. (2010). El consentimiento informado en menores y adolescentes: Contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas. *Información Sicológica*, 100, pp. 60-67.

Rivero Hernández, F. (2007). *El interés del menor*. Madrid: Ed. Dykinson.

Romeo Casabona, C. M^a. (1981). *El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*. Barcelona: Ed. Bosch.

Romeo Casabona, C. M^a. (2003). Libertad de conciencia y actividad biomédica. *Multiculturalismo y movimientos migratorios*. Valencia.

Romeo Malanda, S. (2004). Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. *Actualidad del Derecho sanitario* (102-103), pp.113-119 y 211-223.

Sánchez Calero, F. J. (2000). La capacidad del menor no emancipado. *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada (III)*. Granada-Jaén, pp. 1683-1711.

Sánchez-Calero Arribas, B. (2005). La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

Sanchez Caro, J.; Giménez Cabezón, J. R. (1995). *Derecho y Sida*, Madrid: Ed. Mapfre.

Sánchez Caro, J.; Sánchez Caro, J. (1998). *Consentimiento informado y psiquiatría. Una guía práctica*. Madrid: Ed. Mapfre.

Sánchez Caro, J.; Abellán, F. (2003). *Derechos y deberes de los pacientes. (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas)*. Granada: Ed. Comares.

Sánchez Jacob, M.; Riaño Galán, I.; Martínez González, C. (2008). Evaluación de los conocimientos legales y éticos de los profesionales sanitarios en relación con el adolescente. *Revista Pediatría Atención Primaria*, 10:443-56.



Santos Morón, M^a. J. (2002). Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentarios a la TC S 154/2002. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 7, pp.1632-1638.

Santos Morón, M^a. J. (2011). Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor. *AFDUAM*, 15, pp. 63-93.

Simón-Lorda, P. (2008). La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, XVIII/ 102, pp. 325-348.

Siso Martín, J. (2009). El médico, el paciente menor y los padres de éste. Un triángulo que debe ser amoroso. *Revista Pediatría Atención Primaria*, 11, pp. 685-693.