

RECENSIONES

MIGUEL ÁNGEL ASENSIO SÁNCHEZ, *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud.*

Dykinson, Madrid, 2012, ISBN: 978-84-9031-135-6

Marina Meléndez-Valdés Navas

Universidad de Málaga

La obra publicada por el profesor Asensio podemos calificarla *a priori* de interesante e interesada. Interesante porque alude a un aspecto de extraordinaria actualidad como es el de las relaciones paterno-filiares y la condición del menor como sujeto pleno de derechos fundamentales. La calificación de esta obra como interesada es debida a que en buena medida conecta con otra anterior del autor, “La patria potestad y la libertad de conciencia. El interés del menor a la libre formación de su conciencia” (Tecnos, Madrid, 2006)”, completándola y ampliándola en un aspecto fundamental y polémico como son todos aquellos relativos a la salud y, más, tratándose de un menor de edad.

La obra comienza con un primer capítulo general dedicado al menor como sujeto pleno de derechos fundamentales, lo que a juicio del autor es consecuencia del proceso creciente de protagonismo socio-jurídico del menor operado por la transformación de los roles sociales y familiares de las últimas décadas. En este capítulo se analiza la situación jurídica del menor de edad como titular pleno de derechos fundamentales, en paridad jurídica-constitucional con el mayor de edad (artículo 14

CE), de modo que la minoría de edad no condiciona ni afecta la titularidad de derechos. Es en el ejercicio de los derechos fundamentales donde la condición de menor de edad de su titular adquiere relevancia. El autor sigue la tesis, común en la doctrina, de considerar capacidad suficiente para el ejercicio de un derecho fundamental a la denominada capacidad natural de obrar, realizando una acertada justificación jurídica fundada en argumentos derivados de la legislación y de la propia congruencia interna del sistema.

Es particularmente interesante el análisis realizado del artículo 162.1 del Código Civil y la consecuencia del mismo: los derechos fundamentales y de la personalidad no pueden ejercerse por representación y, congruentemente, los padres no ejercen nunca un derecho de los hijos. En efecto, del precepto citado y del artículo 6 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurisdiccional del Menor, infiere únicamente la colaboración de los padres con los hijos en el ejercicio de sus derechos, pero no la representación. Es más, cuando el legislador alude al ejercicio de un derecho fundamental por representación, a juicio del autor, no existe tal representación, ni tan siquiera sustitución de la voluntad, sino la atribución de facultades a los representantes legales, padres o tutores, con la finalidad de facilitarles el cumplimiento de deberes inherentes a su potestad de guarda. Interpretación general que el autor extrapola al artículo 9.3 de 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, que regula la prestación del consentimiento informado por representación en diversos supuestos, uno de ellos el del menor de dieciséis años. Congruentemente con la interpretación realizada del artículo 162.1 del Código Civil, considera que no habría representación, ya que en los derechos de la personalidad no cabe; tampoco, a su juicio, puede hablarse de sustitución de la voluntad, sino que lo que existe es una atribución de facultades legales a la personas mencionadas en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, con la finalidad

de facilitarle el cumplimiento de deberes inherentes a su potestad de guarda o de deberes legales y morales entre familiares y allegados.

La parte central del libro abarca la cuestión de la autonomía del paciente menor de edad y, su expresión jurídica, el consentimiento informado. El estudio pone el acento principal en la capacidad del menor para prestarlo por sí y, en defecto de ellos, son sus representantes legales, titulares de la patria potestad o tutores, quienes deben tomar la decisión siempre en interés del menor. El libro contiene un análisis pormenorizado de la naturaleza jurídica del consentimiento informado, que, en modo alguno considera un derecho fundamental, alejándose de esta tesis que cada vez cuenta con más partidarios en la doctrina: «En realidad la consideración del consentimiento informado como un derecho humano responde a una concepción que poco a poco está calando en la doctrina y en la jurisprudencia concerniente a la existencia de un derecho emergente o de tercera generación que serían derechos aún no reconocidos legislativamente pero surgidos de las transformaciones del mundo actual y de las nuevas necesidades humanas, y que, en no pocas ocasiones, no son más que la conversión en derechos de lo que no llegan a ser sino simples intereses de determinados grupos o colectivos» (pág.71).

«(...) el consentimiento informado no es en realidad un derecho humano ni un derecho de la personalidad sino el instrumento jurídico, de expresión y cauce del ejercicio de la autonomía por el paciente mediante la cual realiza una disposición de la vida o de la integridad corporal y de la salud que, en último término, constituye una manifestación de la libertad individual aplicada al ámbito de la sanidad. Lo que ocurre es que en ocasiones el ejercicio de ciertos derechos fundamentales implica o conlleva la celebración de un negocio jurídico en virtud de la autonomía de la voluntad reconocida en el artículo 1255 del Código Civil. El consentimiento informado vendría a ser de este modo un auténtico negocio jurídico necesario para el ejercicio de un derecho fundamental...En

realidad lo que ocurre es que todos los negocios jurídicos son manifestación indirecta o última de la libertad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la CE, pero sólo algunos son manifestación directa y concreta del ejercicio de un derecho fundamental como ocurre en el caso del consentimiento informado respecto al derecho a la vida, a la integridad corporal y a la salud» (pág.72).

Al tratarse el consentimiento informado de un negocio jurídico necesario para el ejercicio de un derecho fundamental, afirma el autor, participa del carácter personalísimo de los derechos fundamentales, de lo cual extrae importantes consecuencias jurídicas relativas a la capacidad para su celebración y en la imposibilidad de prestarse por representación.

Por lo que hace referencia a la capacidad del menor de edad, se realiza un examen completo y preciso. El autor señala como del artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002 se infiere que la edad de mayoría de edad en el ámbito de la salud son los dieciséis años.

No obstante, justifica que el menor de dicha edad podrá prestar el consentimiento informado siempre que tenga capacidad natural: «El legislador, en algún modo, trata de explicitar el concepto de capacidad natural en el ámbito de la salud. Ya hemos señalado, con carácter general, que la capacidad natural es la capacidad de entender y querer y que no se trata de una capacidad uniforme, siempre la misma y para todos los actos, sino que depende de la naturaleza y trascendencia del mismo, así como de las propias capacidades cognoscitivas y volitivas del sujeto actuante. El legislador, en algún modo, trata de explicitar el concepto de capacidad natural en el ámbito de la salud. Así, del artículo 5.3 de la Ley 41/2002, relativo a la capacidad para recibir la información asistencial, se infiere a sensu contrario que la capacidad natural vendría a coincidir con aquel estado físico y psíquico que permite al paciente entender la información suministrada. Correlativamente, y en congruencia con la naturaleza bifásica del consentimiento informado, el artículo 9.3,

en las letras a y c, entiende también la capacidad natural para prestar el consentimiento informado como aquella capacidad intelectual y emotiva o psíquica necesaria para comprender el alcance del tratamiento o la intervención del facultativo.

La Ley 41/2002 en este punto adolece de inexactitud. Parece que está haciendo referencia a la capacidad natural, pero es bien sabido que dicha capacidad implica un sustrato intelectual y volitivo, no emocional, sólo los aspectos emocionales pueden ser relevantes cuando sean de tal entidad que alteren la capacidad intelectual y volitiva, de modo que haya que excluir la existencia de capacidad. No obstante, y a pesar de la defectuosa técnica jurídica empleada, podemos afirmar que la Ley 41/2002 acoge el criterio de atender a la efectiva capacidad natural, y que la negativa del menor con capacidad natural a someterse a un tratamiento no puede ser suplida por la voluntad de sus representantes legales» (páginas 102-103).

En los casos en que el menor de edad no tenga capacidad natural para prestar el consentimiento informado deberán prestarlo sus representantes legales: titulares de la patria potestad o tutor, conforme a lo expresado en el art. 9.3 de la ley 41/2002. La decisión deberán tomarla siempre en interés del menor. El autor explicita tres criterios, que deberán ponderarse en cada caso concreto, para determinar cuando el tratamiento o actuación médica se entiende en interés del menor: el eventual beneficio del menor, para lo cual se exige que la intervención o tratamiento tenga un carácter terapéutico, la trascendencia del tratamiento o la intervención, y la edad y grado de madurez del menor (páginas 125-130). En las páginas 130 y siguientes, se estudia la determina del interés del menor en aquellos supuestos particulares a los que el legislador concede un tratamiento específico por su importancia o singularidad: extracción de tejidos y sustancias corporales, la esterilización, el aborto, extracción y trasplante de órganos y ensayos clínicos.

En último término, podemos concluir que se trata de una obra útil para el estudio del problema de la minoría de edad y la

salud, de obligada referencia para los estudiosos de la cuestión y que aporta perspectivas interesantes.