

LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE MENOR DE EDAD

Miguel Ángel Asensio Sánchez

*Facultad de Derecho
Universidad de Málaga*

RESUMEN

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, reforma el art. 9 de la Ley 41/2011 de autonomía del paciente y rompe el difícil equilibrio que mantenía entre la autonomía del paciente y el interés del menor, inclinándose de forma clara a favor de éste. Por eso, no sólo atribuye a los representantes legales las decisiones trascendentales en relación con la vida y la salud del menor, sino que, en último término, la decisión está en manos del médico. Así, puede acudir a los tribunales cuando entienda que la decisión de los representantes legales es contraria al interés del menor, e inclusive, en caso de urgencia, obviar su decisión y actuar con arreglo a la *lex artis* médica; en este caso, se le rodea de ciertas garantías jurídicas que le eximen de responsabilidad.

ABSTRACT

The Law 26/2015, of July 28th, which modified the system protecting children and adolescents, reformed article 9 of Law 41/2011 dealing with patient autonomy and did away with the delicate balance maintained between patient autonomy and the interests of minors, and leant clearly in favour of the latter. It therefore, not only attributes decisions with far-reaching implications as regards the life and health of the minor to the legal representatives, but also ultimately leaves the decision in the hands of the doctor. In this way, the doctor may take the matter to court when it is understood that the legal representative's decision goes against the interests of the minor and even, in the event of an emergency, ignore the representative's decision and act according to medical practice; in this case protection is provided by certain legal guarantees which release the doctor from liability.

PALABRAS CLAVES

Menor de edad, autonomía del paciente, derecho a la vida.

KEY WORDS

Minors, patient autonomy, the right to life:

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. La mayoría de edad en el ámbito de la salud. 3. El derecho a la información del paciente menor. 4. El menor con capacidad natural. 4.1. Autonomía del paciente y capacidad natural. 4.2. Limitaciones a la autonomía del paciente menor de edad. 5. El menor con capacidad natural pero imposibilitado para manifestar su voluntad. 6. El menor sin capacidad natural: el interés del menor como obligación de los padres y tutores.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La autonomía del paciente y su expresión jurídica, el consentimiento informado, son el resultado de una lenta y compleja evolución que responde a una determinada concepción antropológica del individuo, la liberal, y a una nueva visión de la enfermedad y de sus causas. Desde esta concepción liberal se resalta, por encima de cualquier otra consideración, la libertad y autonomía como notas definidoras del hombre y de su actuar; en consecuencia, se afirma desde sus postulados la facultad del individuo para decidir libremente acerca de todas las cuestiones que directa o indirectamente le afectan y, por lo que aquí nos interesa, las atinentes a la salud. La autonomía del paciente se compadece también con una nueva visión de la enfermedad, entendida como un desorden de carácter físico y biológico y no moral. La enfermedad como desorden moral situaba al enfermo en una posición de minusvalía o inferioridad respecto al médico que le incapacitaba para tomar decisiones sobre la salud; esta visión de la enfermedad era la que subyacía en el tradicional paternalismo de la clase médica. La consideración actual de la enfermedad como desorden físico y biológico implica la capacidad del enfermo para tomar decisiones acerca de la salud y, con ello, una nueva visión de la relación médico-paciente y, por ende, de la Medicina y del Derecho¹.

¹ ASENSIO SÁNCHEZ, MA., *La patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, Dykinson, Madrid, 2012, págs. 56-64.

La autonomía del paciente todavía conserva el carácter polémico que revistió desde sus orígenes, aunque ahora referido principalmente a los menores de edad. Así, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica² (a partir de ahora LAP), a pesar de que el principio básico de su regulación es la autonomía del paciente la limita a cuestiones banales tratándose de un paciente menor. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurisdiccional del Menor³ (a partir de ahora LOPJM) no contempla referencia alguna a la autonomía del paciente menor, debido a que la LOPJM sólo reconoce derechos fundamentales del menor y el consentimiento informado no lo es⁴. La autonomía del paciente menor, antes de la LAP, estaba regulada por una multiplicidad de normas estatales y autonómicas que conformaban un panorama legislativo confuso y carente de rigor técnico-jurídico. Estas deficiencias ya se apreciaban en el art. 10.6.b) de la Ley 14/1986 General de Sanidad de 25 de abril⁵ (en adelante LGS), que atribuía el derecho a decidir a los familiares o personas allegadas en aquellas situaciones en las que el paciente no estaba capacitado para tomar decisiones. Se trataba de una disposición imprecisa, que no aclaraba si se refería a una incapacidad jurídica o a la falta de capacidad natural; no obstante, la doctrina entendía que el menor con las debidas condiciones de madurez debía ser quien autorizase la intervención del médico⁶. Más acertadamente, desde el punto de vista técnico-jurídico, resultaba la regulación que hacía de la capacidad para prestar el consentimiento en aquellos actos médicos considerados por el legislador de especial trascendencia en relación con la vida y la salud del menor o que pudieran tener consecuencias irreversibles.

El punto de inflexión en la regulación del consentimiento informado en nuestro ordenamiento se produce con la entrada en vigor del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos

² BOE nº 274, de 15.11.2002.

³ BOE nº 15, de 17.1.1996.

⁴ Existe una polémica en la doctrina sobre la naturaleza jurídica del consentimiento informado, en concreto si se trata de un derecho fundamental. Sobre el particular: ASENSIO SÁNCHEZ, MA., *La patria potestad, minoría de edad...*, op. cit., págs. 66-74.

⁵ BOE n.º 102, de 29.4.1986.

⁶ SIMÓN LORDA, P., *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*, Triacastella, Madrid, 2000, pág. 327; GALÁN CORTÉS, JC., *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 78.

y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España el 23 de julio de 1999⁷. En el Convenio de Oviedo, el consentimiento informado no solo es un medio legitimador de la actuación del médico, también resulta un acto de ejercicio del derecho a la salud del paciente y, en definitiva, una proyección de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del individuo en el ámbito de la salud; era una novedad respecto a la regulación que del consentimiento informado realizaban las leyes autonómicas, en términos análogos a la LGS⁸, y que no presentaba vinculación alguna con la dignidad y libre desarrollo de la personalidad del paciente. La influencia del Convenio se hizo sentir en la legislación estatal y autonómica ulterior. Así, en la LAP el consentimiento informado resulta una manifestación de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE⁹. En este sentido, el art. 3 LAP entiende el consentimiento informado como: *"la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud"*. En términos parecidos, el Convenio de Oviedo en el art. 5 dispone que: *"una intervención en el*

⁷ BOE nº 251, 20.10.1999.

⁸ Art. 49.6.b) Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias (BOPA nº 162, de 13.7.1992 y BOE nº 211, de 2.9.1992); art. 6.1.ñ. 3 Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (BOPA nº 162, de 13.7.1992 y BOE nº 211, de 2.9.1992); en este sentido también el art. 4.1.h).2 de la derogada Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León.

⁹ Los principios básicos se contienen en el art. 2 LAP y son:

1º La dignidad de la persona, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad, orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica (art. 2.1).

2º Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos por la Ley (art. 2.2).

3º El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles (art. 2.3).

4º Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito (art. 2.4).

5º Consecuentemente con estos derechos del enfermo se establece, entre otras, la obligación de todo profesional que interviene en la actividad asistencial de respetar las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente (art. 2.6).

*ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sus riesgos y consecuencias*¹⁰. La LAP reconoce el carácter libre, consciente y voluntario del consentimiento informado (arts. 3 y 8.1); por eso, con arreglo al art. 3, el paciente debe estar en el pleno uso de sus facultades. Además, regula supuestos en los que no es necesario el consentimiento previo (art. 9.2 LAP), y otros en los que el consentimiento se presta aparentemente por representación (art. 9.3 LAP).

A pesar de que la autonomía del paciente ha sido una cuestión que ha merecido especial atención por parte de la doctrina no ha perdido interés, principalmente, en lo relativo al paciente menor. Así, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹¹, introduce una serie de criterios en orden a facilitar a los operadores jurídicos la determinación del interés del menor y, en concreto, en el art. 2.2.a) LOPJM reconoce la protección de la vida del menor como una de sus concreciones. En consecuencia, la Ley 26/2015,

10 La legislación autonómica posterior al Convenio de 1997 regula de forma más precisa el consentimiento informado: art. 6 Ley 21/2000, de 29 de diciembre de Cataluña sobre los Derechos de Información Concernientes a la Salud y la Autonomía del Paciente, y a la Documentación Clínica (DOGC nº 3303, de 11.1.2001 y BOE nº 29, de 2.2.2001); arts. 3 a 12 Ley 3/2001, de 28 de mayo de Galicia, reguladora del Consentimiento informado y de la Historia Clínica de los Pacientes (DOG nº 111, de 8.6.2001 y BOE nº 158, de 3.7.2001); art. 27 Ley 12/2001, de 21 de diciembre de Madrid, de Ordenación Sanitaria (BOCM nº 306, de 26.12.2001 y BOE nº 55, de 5.3.2002); art. 12 Ley 6/2002, 14 de abril de Salud de Aragón (BOA nº 46, de 19.4.2002 y BOE nº 121, de 21.5.2002); art. 30 Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (BOC nº 242, de 18.12.2002 y BOE nº 6, de 7.1.2003); art. 12 Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Islas Baleares (BOIB nº 55, de 22.4.2003 y BOE nº 110, de 8.5.2003); arts. 33 y ss. Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León (BOCL nº 71, de 14.4.2003 y BOE nº 103, de 30.4.2003); arts. 15.4.b), 23, 24, 25, 26 y 27 Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura (DOE nº 82, de 16.7.2005 y BOE nº 186, de 5.8.2005); art. 18 Ley 5/2010, de 24 de junio sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha (DOCM nº 131, de 09.7.2010 y BOE nº 248, de 13.10.2010); art. 5.8 Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra (BON nº. 139, de 15.11.2010 y BOE nº 315, de 28.12.2010).

11 BOE nº 175, de 23.7.2015.

de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹², en la disposición final 2º, modifica el art. 9 LAP con la finalidad de garantizar el interés del menor a la vida y a la salud; para ello limita la autonomía del paciente menor y le sustrae las decisiones de peligro o riesgo para la vida y la salud.

2. LA MAYORÍA DE EDAD EN EL ÁMBITO DE LA SALUD

La LAP, siguiendo el criterio del Convenio de Oviedo, reconoció en la primitiva redacción del artículo 9.3.c) capacidad para emitir el consentimiento informado al paciente menor de edad emancipado o con dieciséis años¹³. La LAP configuró una edad de mayoría legal en el ámbito de la salud, los 16 años, cuya significación jurídica era la misma que la edad de mayoría civil de los 18 años del art. 315 CC: constituir una presunción *iuris tantum* de capacidad natural de obrar en el ámbito de la salud¹⁴. El reconocimiento de una edad de mayoría en el ámbito de la salud perseguía favorecer el desarrollo de la personalidad del menor potenciando su autonomía como paciente. La Ley 26/2015 no modifica la edad de mayoría, únicamente introduce un cambio de carácter formal: se regula ahora en el art. 9.4 LAP. En este punto la LAP es congruente con el art. 323 CC que asimila al emancipado en la esfera personal, señaladamente en el ejercicio de los derechos fundamentales y de la personalidad, al mayor de edad. Además, si conforme a los arts. 154 y 222 CC los emancipados no están sujetos a patria potestad ni a tutela, es decir, no están sujetos a representación legal, y resulta de este modo lógica la previsión contenida en dicho art. 9.4 LAP.

No obstante, la equiparación entre la edad de mayoría en el ámbito de la salud y la edad de mayoría civil no es absoluta. De un lado, el legislador exige la mayoría de edad civil en ciertos actos médicos considerados de especial trascendencia: la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción asistida (art. 9.5 LAP); o el aborto de la menor de

¹² BOE nº 180, de 29.7.2015.

¹³ El art. 6.2 del Convenio de Oviedo señala al respecto: "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 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".

¹⁴ ASENSIO SÁNCHEZ, MA., *La patria potestad, minoría de edad...*, op. cit., pág. 96.

edad que exige además el consentimiento de los representantes legales (art. 9.5 LAP)³⁵. La LAP en el art. 9.3.c) inciso 2º, en su redacción originaria, establecía que en los casos de actuación de grave riesgo a criterio del facultativo, aunque el menor estuviese emancipado o con dieciséis años cumplidos, los padres deberían ser informados y su opinión tenida en cuenta. En último término, el precepto dejaba en manos del criterio médico la autonomía del paciente menor y, en la práctica, era frecuente que los médicos solicitasen, además del consentimiento del menor, el de los padres. Esta limitación de la autonomía del paciente menor respondía al temor a dejar en sus manos la toma de decisiones que pudieran tener un carácter irreversible para la salud, la vida o la integridad corporal; se trataba de un residuo del paternalismo médico y de la consideración tradicional de la minoría de edad como una situación de minusvalía. Ahora, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, en estos casos de grave riesgo para la vida o salud del menor, a criterio del facultativo, el consentimiento debe otorgarlo el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo (art. 9.4 LAP). Es decir, los padres ya no solo deben ser informados en las situaciones de grave riesgo para la vida o la salud del paciente menor, tal como establecía el anterior art. 9.3.c) inciso 2º, sino que son ellos los que deben prestar el consentimiento. La reforma trata de limitar la autonomía del paciente menor con el objeto de proteger el interés del menor a la vida y a la salud y adecúa así la legislación a la práctica habitual de la clase médica de desplazar la decisión a los representantes legales del menor.

Ahora bien, la autonomía del paciente menor de edad también sufre limitaciones derivadas de la particular posición jurídica del menor y su diferente capacidad de obrar en el ámbito personal y en el patrimonial.

³⁵ La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos (BOE nº 266, de 6.11.1979), que exige en el donante mayoría de edad y plenas facultades mentales (art. 4). En cambio, el RD. 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos (BOE nº 307, de 24.11.2015), se remite a los artículos 8 y 9 de la LAP y al art. 29 del Reglamento (UE) n.º 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE nº 126, de 27.5.2006), que establece la edad de los dieciocho años para ser donante de gametos y de preembriones (art. 4.6), y también para ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida (art. 6.1).

Así, en toda intervención médica hay que distinguir el consentimiento informado del consentimiento requerido para la formación del contrato de servicios médicos. Son consentimientos distintos, aunque vinculados¹⁶, y las consecuencias jurídicas derivadas de ello atienden, fundamentalmente, a la no comunicación de los posibles vicios del consentimiento y a la capacidad necesaria para prestarlos¹⁷. Aquí, precisamente, radica una de las paradojas de la posición jurídica del menor y de su diferente capacidad de obrar según actúe en el ámbito de la esfera personal o de la patrimonial. La distinta naturaleza y función de estos consentimientos conlleva también que sea diferente la capacidad de obrar necesaria para prestarlo. En efecto, el consentimiento informado es un acto de ejercicio de un derecho de la personalidad y, veremos, puede prestarse con la mera capacidad natural; por el contrario, el contrato de servicios médicos exige tener capacidad contractual, es decir, la mayoría de edad o la emancipación (art. 1263 CC).

3. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL PACIENTE MENOR

El art. 8.1 LAP dispone que: "*Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso*". Por eso, el art. 4.1 LAP reconoce el derecho del paciente a la información y el art. 4.3 LAP impone al médico, correlativamente, el deber de informarle. Esta unión legal y lógica entre el derecho a la información y consentimiento informado exige que la capacidad para recibir la información sea idéntica a la necesaria para prestar el consentimiento. Así, el titular del derecho a la información es el paciente emancipado o con 16 años cumplidos, tal y como se infiere del art. 9.4. inciso primero de la LAP¹⁸. No obstante, el art. 5.3 LAP dispone que: "Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la in-

¹⁶ LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1998, págs. 156-169.

¹⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2007, pág. 298, en especial nota 469.

¹⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre...*, op. cit., pág. 252.

formación se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho". De este precepto, se infiere *a sensu contrario* que el paciente para ser informado debe tener la adecuada actitud física y psíquica que le permita entender la información suministrada por el facultativo, es decir, capacidad natural. No obstante, con arreglo al art. 5.2 LAP, parece que se debería informar también al paciente incapaz y a su representante legal. La LAP adolece de imprecisión e incurre en este punto en contradicciones que no han sido corregidas por la Ley 26/2015. No se comprende que todo incapaz, independientemente de su grado de entendimiento, deba ser informado; la LAP debió establecer preceptiva la información sólo al incapaz con capacidad natural, es decir, aquél incapacitado por razones exclusivamente físicas. Respecto a qué entiende el precepto por incapaz, parece evidente que el legislador se está refiriendo a la falta de capacidad de obrar y no tanto al incapaz en sentido técnico-jurídico; se incluye así tanto al incapacitado en virtud de sentencia judicial, sometidos a tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, como a los menores no emancipados¹⁹. Es criticable, también, la obligación de informar en todo caso al representante legal o a otras personas, salvo que la ley exija para un acto médico concreto que el consentimiento del menor vaya acompañado del de su representante legal²⁰. El art. 5.2 LAP se refiere a los menores sujetos a representación legal, es decir, a patria potestad o a tutela; en el caso del menor emancipado o habilitado de edad la información deberá suministrarse exclusivamente a ellos, y sólo a su padres o tutores cuando ellos mismos lo permitan o cuando se trata de decisiones de grave riesgo para la vida y la salud del menor que, tras la Ley 26/2015, corresponden a los representantes legales (art. 9.4).

¹⁹ BENAC URROZ, M., "La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado", en P. GONZÁLEZ SALINAS (coord.), *Autonomía del paciente, información e historia clínica (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 79-83; GARCÍA GARNICA, M^a C, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 111-112; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitado*, Tirant lo Blanch, 2005, Valencia, págs. 218-221; ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 115-125; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre...*, op. cit., págs. 236 y 244.

²⁰ En este sentido también GARCÍA GARNICA, M^a C, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 112.

Esta disposición trata de salvaguardar el derecho a la intimidad del menor consagrado como un derecho del paciente en el art. 7.1 LAP. El precepto adolece también de imprecisión al no determinar los parientes o allegados del paciente a quien se debe informar, ni el necesario orden de prelación entre ellos. La apreciación de la capacidad natural del paciente menor es desplazada en el art. 5.3 al médico que atiende al paciente. Esto es criticable porque dificulta la labor del facultativo y deja en sus manos la autonomía del paciente, aunque no deja de ser la solución más factible.

El art. 4.1 LAP in fine, establece que la información debe comprender, como mínimo, la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Además, el art. 2 dispone que el paciente debe recibir una información adecuada que, conforme al art. 4.2 LAP, debe ser comprensible para el propio paciente, y tratándose de un menor debería adaptarse, lo más posible, a su edad y circunstancias.

En la regulación del derecho a la información asistencial que hacen las diferentes legislaciones autonómicas se aprecian diverso matices según sean anteriores o posteriores al Convenio de 1997 y a la mayor o menor influencia ejercida en ellas por la LAP; no obstante, buena parte de la legislación autonómica anterior al Convenio ha sido derogada por una legislación que trata de adaptarse a los principios de la ley estatal. La mayor parte de las legislaciones autonómicas acogen el criterio de la LAP y atribuyen el derecho a la información al paciente que haya cumplido los dieciséis años, esté o no emancipado o habilitado de edad; se trata de un derecho exclusivo del menor y el facultativo sólo puede informar a sus parientes, allegados, o en su caso, a los representantes legales con su autorización²¹. En

²¹ Arts. 7.2.d y 5.1 Ley 21/2000, de Cataluña sobre los Derechos de Información Concernientes a la Salud y la Autonomía del Paciente, y a la Documentación Clínica; art. 32.2.e, aunque en caso de hospitalización debe informarse también a los padres, Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia de Aragón (BOA nº 86, de 20.7.2001 y BOE nº 189, de 8.8.2001); art. 20.4 Ley 14/2002, de 25 de julio de Promoción, atención y protección a la infancia de Castilla y León (BOCL nº 145, de 29.7.2002 y BOE nº 197, de 17.8.2002), y art. 18.2 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León (BOCL nº 71, de 14.7.2003 y BOE nº 103, de 30.4.2003); art. 18.2 Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco (BOPV nº 59, de 30.3.2005 y BOE nº 274, de 14.11.2011); art. 5.2 Ley 3/2005, de 8 de julio, de Información Sanitaria y Autonomía del Paciente, de Extremadura (DOE nº 82, de 16.7.2005 y BOE nº 186, de 5.8.2005); art. 15.3 Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores, de la Rioja (BOLR nº 33, de 9.3.2006 y BOE núm. 70, de 23.3.2006), y art.

cambio, existen legislaciones autonómicas anteriores al Convenio o en las que éste no ha influido, que expresamente siguen atribuyendo el derecho a la información al menor y a los representantes legales²².

4. EL MENOR CON CAPACIDAD NATURAL

La LAP entiende la capacidad natural como capacidad suficiente para otorgar el consentimiento informado, en congruencia con la admisión del ejercicio de los derechos fundamentales y de la personalidad con dicha capacidad natural de obrar²³. En realidad, la autonomía del paciente menor, aunque haya alcanzado la mayoría de edad en el ámbito de la salud (los dieciséis años o la emancipación), está limitada a cuestiones banales. En las decisiones trascendentales para la vida y la salud los médicos *de facto* venían exigiendo el consentimiento de los representantes legales del menor, a pesar de que la LAP establecía que en estos casos los padres únicamente debían ser informados. En la actualidad, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, se refuerza el interés a la vida y a la salud del paciente menor y para ello se limita su autonomía en las decisiones trascendentales relativas a la vida y a la salud del menor y se atribuyen a los representantes legales (art. 9.4 LAP).

4.1. Autonomía del paciente y capacidad natural

En principio, la LAP está pensando en un paciente que toma sus decisiones con plena capacidad de obrar (arts. 8.1 y 9.3.a.) LAP), teniendo en

11 Ley 2/2002, de Salud, de La Rioja; art. 43 Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia, de Valencia (DOCV nº 5803, de 10.7.2008 y BOE nº 200, de 19.8.2008); art. 31.1 y 4 Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia (BORM nº 114, de 20.5.2009 y BOE nº 34, de 9.2.2011); art. 10.2 Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha; art. 43.2 Ley Foral 17/2010, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra; art. 22.1.a) Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria (BOC nº 34, Ext de 28.12.2010 y BOE nº 19, de 22.1.2011).

²² Art. 10.3 Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía (BOJA nº 53, de 12.5.1998 y BOE nº 150, de 24.6.1998); arts. 11.1 y 12.6 Ley 5/2003 de 4 de abril, de Salud de las Islas Baleares.

²³ Este es el criterio seguido por la mayoría de la doctrina: ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op. cit., págs. 40-43.

cuenta que la plena capacidad de obrar en el ámbito de la salud se alcanza a los dieciséis años cumplidos o con la emancipación. La Ley 26/2015 ha introducido ciertas modificaciones en relación con la autonomía del paciente menor de edad. Así, el art. 9.3.c) LAP dispone 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*²⁴". Además, conforme al art. 9.4 LAP: "*Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo".

El art. 9.3 LAP adolece de una grave deficiente técnico-jurídica que no ha sido resuelta en la Ley 26/2015. La lectura *a sensu* contrario del precepto, da a entender que cabe otorgar el consentimiento informado por representación en los casos en que el paciente menor no haya alcanzado los dieciséis años o la emancipación; esto contraviene el art. 162.1 CC del que se infiere que no cabe la representación en los derechos de la personalidad²⁵. En sentido técnico-jurídico, la representación legal a la que se refiere el art. 9.3 no es tal, sino una atribución legal de facultades a los padres y tutores con la finalidad de facilitarles el deber de velar por la salud del menor que les impone el art. 154 CC. Por lo demás, el precepto reconoce la capacidad natural como capacidad suficiente o habilitante para prestar el consentimiento informado, salvo los supuestos exceptuados legalmente; también la suficiencia de la capacidad natural se infiere también del art. 5.3 LAP, del art. 6.2 del Convenio de Oviedo y del art. 162.1 CC que, por lo demás, constituye la regla general en la materia²⁶.

²⁴ La LAP se inspira en este punto en los arts. 6.2 y 6.3 del Convenio de Oviedo.

²⁵ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op. cit., págs. 43-46.

²⁶ Es el criterio más congruente con los nuevos planteamiento del ejercicio de los derechos personalísimos y, además, es el seguido por la mayoría de la doctrina; entre otros: SIMÓN LORDA, P., "La evaluación de la capacidad de los pacientes para to-

A pesar de que esta regla estaba incorporada en nuestro ordenamiento desde 1981, fecha de la redacción del art. 162 CC, ha sido preciso que una norma internacional, el Convenio de Oviedo, propusiera este criterio respecto al consentimiento informado para admitir en nuestra legislación estatal y autonómica que el paciente menor de edad o incapacitado con capacidad natural pueda admitir o rechazar un tratamiento médico, so pena de lesionar sus derechos fundamentales²⁷.

Admitida la autonomía del paciente menor con capacidad natural, se plantea qué debe entenderse por capacidad natural en el ámbito de la salud. La doctrina, con carácter general, considera la capacidad natural como la de entender y querer; estas condiciones cognoscitivas y volitivas no siempre son las mismas, sino que dependen de la naturaleza y trascendencia del acto y de las condiciones subjetivas de la persona²⁸. La LAP intenta explicitar los elementos y características esenciales de la capacidad natural en el ámbito de la salud. Así, del art. 5.3 LAP *a sensu contrario* parece inferirse que la capacidad natural vendría a coincidir con aquel estado físico y psíquico que permitiría al paciente entender la información suministrada. En el mismo sentido, el art. 9.3, a) y c) LAP alude a la capacidad intelectual y emotiva o psíquica del paciente para comprender el alcance del tratamiento o la intervención del facultativo. En este punto, la LAP es inexacta por identificar la capacidad natural con un sustrato intelectual y emocional concreto, cuando el sustrato inherente a ella es siempre intelectual y volitivo nunca emocional. Los aspectos emocionales sólo pueden ser relevantes cuando sean de tal entidad que alteren la capacidad intelectual y volitiva, de modo que haya de excluirse la existencia misma de capacidad. Esta deficiencia técnico-jurídica en la

mar decisiones y sus problemas”, en L. FEITO GRANDE (coord.), *Estudios de bioética*, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 148-149; JORGE (2001, págs. 23-24); GARCÍA GARNICA, M^a C, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado...*, op. cit., págs. 123-124; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre...*, op. cit., pág. 354.

No obstante, con anterioridad a la Ley del Paciente, había autores que consideraban que sólo los mayores de edad podían otorgar el consentimiento informado; en este sentido: MARÍN (1995, pág. 8245).

²⁷ GARCÍA GARNICA, M^a C, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado...*, op. cit., pág. 116.

²⁸ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op. cit., págs. 40-43.

descripción y formulación de la capacidad natural en el ámbito de la salud debió de ser corregida por la Ley 26/2015.

Atender a la capacidad natural como capacidad suficiente en el ámbito de la salud, exige comprobar su existencia caso por caso y, salvo previsión legal en contrario, correspondería al facultativo responsable del tratamiento médico. La razón de ello es que al estar obligado a informar al paciente “en términos comprensibles y adecuados a su edad y demás circunstancias personales”, se encuentra en una situación privilegiada para valorar la capacidad del enfermo. Esta obligación del facultativo, además de dificultar su labor, introduce cierto grado de inseguridad jurídica que sólo se justifica en aras a garantizar la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad del paciente menor²⁹. Por eso, con anterioridad a la LAP, un sector de la doctrina consideraba necesario objetivar el grado de madurez mediante la fijación de una determinada edad³⁰. Esta solución tenía la ventaja de exonerar al facultativo de tener que juzgar la capacidad del menor, pero presentaba inconvenientes en aquellos casos en que el menor a pesar de tener la edad carecía de capacidad, y viceversa. La LAP intenta mantener un difícil equilibrio entre minimizar la inseguridad jurídica inherente a esta apreciación subjetiva de la capacidad y, al mismo tiempo, garantizar y facilitar la autonomía del paciente menor de edad rebajando la mayoría de edad en el ámbito de la salud a los dieciséis años. Es evidente, con arreglo a lo anteriormente señalado, que no se necesita la misma capacidad natural para autorizar un tratamiento banal o de poca importancia, que para decidir un tratamiento vital o de consecuencias irreversibles. En la práctica, resultaba posible que el facultativo encargado de apreciar la existencia de capacidad en el paciente, ante una decisión real y aparentemente irracional, podría hacerle pensar en la falta de capacidad natural. En la actualidad este problema ya no se plantea al

²⁹ El derecho anglosajón trata de facilitar la labor del médico estableciendo tests o protocolos de evaluación de la capacidad del enfermo para consentir el tratamiento médico. Sobre el particular puede verse: SIMÓN LORDA, P., “La evaluación de la capacidad de los pacientes...”, *op. cit.*, págs. 122-123; GARCÍA AZNAR, A., “Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes”, en M. CASADO GONZÁLEZ (coord.), *Estudios de Bioética y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 208; SANTOS MORÓN, M^a J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre, Madrid, 2000, págs. 66-67.

³⁰ VIANA CONDE, A. y DE SAS FOJÓN, A., “El consentimiento informado del enfermo”, en *La Ley*, n^o 2, 1996, pág. 1335.

corresponder estas decisiones trascendentales para la vida y la salud exclusivamente a los representantes legales que deberán tomar la decisión en interés del menor y, en último término, bajo el control judicial.

En las legislaciones autonómicas la capacidad natural aparece también como la capacidad suficiente para prestar el consentimiento a un tratamiento o acto médico y, a semejanza de la LAP, se entiende como la actitud para comprender el alcance del tratamiento o de la intervención médica³¹. En algunas legislaciones autonómicas la capacidad natural aparece referida exclusivamente a un elemento emocional³²; en otras apartándose de la LAP, reconocen al menor no emancipado o menor de dieciséis años el derecho a ser informado sólo cuando tenga capacidad natural, pero no el derecho a autorizar o rechazar el tratamiento³³.

4.2. Limitaciones a la autonomía del paciente menor de edad

El art. 9.3.c) LAP disponía en su primitiva redacción, de un modo un tanto incongruente, que en los casos de grave riesgo para la vida o salud del menor los padres serían informados y su opinión tenida en cuenta en la toma de la decisión; todo ello, con independencia de que el menor

³¹ En este sentido: art. 7.2.d) Ley 21/2000, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, de Cataluña; art. 6.1.c) Ley 3/2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia; art. 14.1.c) Ley 6/2002, de Salud de Aragón; art. 28.3 de la Ley 8/2003, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León; art. 18.2.f) Ley 3/2005, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, que se remite a la LO 41/2002; art. 25.1.c) Ley 3/2005, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura; art. 46.1.c) Ley 3/2009, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia; art. 20.1.c) Ley 5/2010, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha; art. 51.1.c) Ley Foral 17/2010, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral.

³² No obstante, otras legislaciones autonómicas no acogen el criterio de la Ley 41/2002. Así: art. 6.1.ñ. 3 Ley 2/1998, de Salud de Andalucía; art. 15.3 Ley 1/2006 de Protección de los menores de La Rioja y art. 6.4.a) Ley 2/2002 (art. 6.4.a) de Salud de La Rioja, en los que se admiten la autonomía del paciente menor que tenga capacidad natural, y la entiende referida sólo a la existencia en el paciente de madurez emocional.

³³ Art. 3.2 Ley 7/2002, de Ordenación Sanitaria de Cantabria; art. 9.2 Ley 1/2003, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana; art. 12.6 Ley 5/2003, de Salud de las Islas Baleares, vincula la autonomía del menor en el ámbito de la salud a la emancipación o habilitación de edad.

tuviese dieciséis años cumplidos o estuviera incapacitado y tuviese o no capacidad natural a criterio del facultativo³⁴. La doctrina criticaba este precepto porque dejaba, en último término, la autonomía del paciente al arbitrio del médico que no estaba vinculado a la eventual decisión del menor o de los padres, y proponía diversas interpretaciones del precepto. Así, se señalaba que el consentimiento o rechazo del tratamiento debía prestarse conjuntamente por los menores con capacidad suficiente y su representante legal, o en su caso, con autorización judicial³⁵; si el médico dudaba de la capacidad del menor estaría justificada la consulta a sus representantes legales y éstos, en su caso, prestarían el consentimiento no tanto por tratarse de un menor, sino de un paciente que no es capaz de tomar decisiones con independencia de su edad y el supuesto sería reconducible al art. 9.3.a) LAP³⁶.

El art. 9.3.c) LAP era el resultado de una concesión al paternalismo médico, en el que latía el miedo a dejar en manos de legos en medicina, fuera el menor o sus representantes legales, una decisión irreversible para la vida, la integridad corporal o la salud del menor. Suponía una limitación a la autonomía del paciente menor que en la práctica acababa reducida a cuestiones banales o de poca relevancia para la vida y la salud. Incluso la derogada Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana (BOE nº 274, de 15.11.2002) era aún más restrictiva y contemplaba como excepción a la necesidad del consentimiento del paciente, junto con el riesgo para la salud pública y la urgencia, el

³⁴ Existen legislaciones autonómicas que atribuyen a los padres y a los tutores la facultad de decidir en las situaciones de grave riesgo para la vida o la salud del menor. Así: art. 10.3 último inciso Ley 1/1998, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía; art. 6.1.c Ley 3/2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia; art. 20.5 Ley 14/2002, de Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León; art. 25.1.c. Ley 3/2005, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura; art. 46.1 Ley 3/2009, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia; art. 20.2 Ley 5/2010, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha; art. 51.2 Ley Foral 17/2010, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral.

³⁵ GARCÍA GARNICA, M^a C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado...*, op. cit., pág. 126.

³⁶ ROMEO CASABONA, C. M., *El médico y el Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 3; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre...*, op. cit., pág. 363.

supuesto en que “el paciente no esté capacitado para tomar decisiones y no existan familiares, personas allegadas o representante legal, o estos últimos se negasen injustificadamente a prestarlo de forma que ocasionen un riesgo grave para la salud del paciente y siempre que se deje constancia por escrito de estas circunstancias” (art. 10.b)³⁷. El paternalismo en esta disposición era todavía más intenso que en la LAP, porque atribuía la decisión al médico, cuando son los jueces, en cualquier ámbito, los garantes de los derechos de las personas y del interés del menor, no el facultativo. Lo lógico hubiera sido que en los casos de incumplimiento por el representante legal del deber de actuar en interés del menor y velar por su salud, a juicio del facultativo, éste solicitase autorización judicial para actuar, toda vez que las instituciones de guarda y protección de los menores están bajo tutela de la autoridad judicial (arts. 156 y 158 CC para la patria potestad y el art. 216 CC para la tutela). Se podía también llegar a esta solución en la LAP a través del anterior art. 9.3 que disponía: “Cuando la decisión del representante legal pueda presumirse contraria a los intereses del menor o incapacitado, deberán ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil³⁸”. Actualmente, la Ley 26/2015 aclara la LAP en este punto en el sentido ya indicado de que las decisiones de riesgo para la vida o la salud del menor corresponden a sus representantes legales.

El rechazo a un tratamiento médico era una de las cuestiones tradicionalmente más problemáticas que planteaba la autonomía del pa-

³⁷ Téngase en cuenta que la Ley 1/2003, ha sido derogada por la letra b) del apartado 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 10/2014, 29 diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana (DOCV nº 7434, de 31.12.2014 y BOE nº 35, de 10.2.2015), excepto el artículo 22.1 que se mantiene vigente, hasta que no se proceda a su desarrollo reglamentario, conforme establece el apartado 2 de la mencionada disposición derogatoria.

³⁸ Existen otras legislaciones autonómicas que sustraen también al menor las decisiones que puedan suponer un riesgo o peligro para la vida, y ello a criterio del facultativo a quien compete valorar la situación: art. 10.3 Ley 1/1998, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía; art. 6.1.c) Ley 3/2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia; art. 31.2 Ley 7/2002, de Ordenación Sanitaria de Cantabria; art. 28.3 de la Ley 8/2003, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León; art. 25.1.c) Ley 3/2005, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura; art. 46.1 Ley 3/2009, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia; art. 20.2 Ley 5/2010, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha; art. 51.2 Ley Foral 17/2010, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra.

ciente. Tratándose del paciente mayor de edad se admitía el rechazo del tratamiento o intervención quirúrgica, salvo que el tratamiento fuera necesario para la vida o la salud de terceras personas, o para la salud pública (art. 9.2 LAP). La LAP ha consagrado expresamente el derecho del paciente a negarse al tratamiento prescrito, sin más consecuencias que la solicitud de alta voluntaria, aunque sea en contra del criterio médico o conlleve un riesgo para la vida³⁹. En los supuestos en que el paciente no pueda manifestar su voluntad y la urgencia del caso impida la obtención del consentimiento de terceras personas, está también legitimada la actuación médica para salvar la vida o integridad física del paciente⁴⁰. En realidad, la LAP configura este supuesto como de no exigencia del consentimiento y no tanto de tratamiento forzoso en sentido estricto. Ahora bien, el rechazo de un tratamiento vital por un paciente menor planteaba importantes problemas socio-jurídicos que de ordinario se abordaban desde una perspectiva sociológica, cuando no emotiva, que a la postre obviaba el debate jurídico. Ello, sin duda, era consecuencia de la repulsa que generaba en la sociedad dejar en manos de un menor una decisión que pudiera ser irreversible para la vida, integridad corporal o la salud. La doctrina en estos casos se mostraba más restrictiva ante la evidente dificultad de conciliar la autonomía del paciente menor con el principio constitucional de protección del menor y su interés. Así, algunos entendían que en estos supuestos se debería exigir la plena capacidad de obrar; inclusive, algún autor negaba a los representantes legales la facultad de tomar la decisión. Esta postura reducía la autonomía del paciente menor a cuestiones banales o aquéllas relevantes en las que la decisión era conforme al criterio médico. También se propuso graduar la capacidad necesaria para consentir los distintos actos médicos en atención a la edad y circunstancias del paciente, así como la relación riesgo-beneficio inherentes a los diversos actos médicos⁴¹; esta solución, no obstante, introduciría ciertas dosis de incertidumbre. Otra de las soluciones propuestas

³⁹ Arts. 4 y 21 Ley 41/2002; también impone este respeto a la voluntad del paciente el artículo 9.2 del Código de Deontología Médica, y la legislación autonómica.

⁴⁰ Art. 9.2. b) Ley 41/2002 y las correspondientes normas autonómicas.

⁴¹ SIMÓN LORDA, P., "La evaluación de la capacidad de los pacientes...", *op. cit.*, págs. 124-129 y 130; SANTOS MORÓN, M^a J., *Incapacitados y derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pág. 76, n. 239.

pretendía conjugar la autonomía del paciente menor con la protección jurídico-constitucional de la minoría de edad y entendían que, salvo disposición legal en contrario, no debía restringirse al menor con suficiente madurez las decisiones de grave riesgo para la vida y la salud, aunque la voluntad del menor debía completarse con la asistencia de sus representantes legales; en caso de discrepancia entre el menor, sus representantes legales o el facultativo, resolvería el juez teniendo en cuenta el interés del menor, conforme al art. 158.4 CC⁴².

En estos casos, con anterioridad a la Ley 26/2015, se podía entender que el paciente menor de edad con la necesaria capacidad natural podía rechazar un tratamiento aunque tuviese un carácter vital, sin que pudieran decidir por él sus representantes legales ni tampoco el facultativo o, en su caso, la autoridad judicial; teniendo en cuenta, no obstante, que conforme al art. 6 LOPJM los padres tienen el deber de colaborar con los hijos en el ejercicio de los derechos y, por tanto, de asesorarle en todo momento. Sin embargo, resultaba evidente no sólo la dificultad de apreciar las condiciones volitivas y cognoscitivas necesarias para rechazar un tratamiento, sino que éstas pudieran realmente concurrir en un paciente menor. En el fondo, esta cuestión entronca con los límites de la autonomía del paciente y el verdadero sentido y dimensión del consentimiento informado que, generalmente, no responde a una apreciación técnico-médica, imposible para un profano, sino a cuestiones valorativas de carácter subjetivo, en las que el paciente aparece, en principio, como el más indicado para apreciarlas, aunque en el caso del paciente menor con la colaboración de los padres⁴³. Tras la reforma de la Ley 26/2015 estas decisiones corresponden exclusivamente a los representantes legales que deberán tener en cuenta el interés del menor. En consecuencia, con arreglo a lo señalado, se puede imponer al menor con capacidad natural un tratamiento de carácter vital en su propio interés, y además cuando se trate de

⁴² GARCÍA GARNICA, M^a C, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado...*, *op. cit.*, págs. 129-130.

⁴³ No todo supuesto de rechazo de un tratamiento médico son manifestación de la autonomía del paciente. Así sucede con la negativa de los Testigos de Jehová a ser transfundidos que es una manifestación de la libertad religiosa. Sobre el particular: ASENSIO (2010, págs. 7-40); ASENSIO SÁNCHEZ, MA., *La patria potestad, minoría de edad...*, *op. cit.*, (2012, págs. 199-236).

salvaguardar los derechos de terceros o la salud pública como ocurre también con los pacientes mayores de edad.

5. EL MENOR CON CAPACIDAD NATURAL PERO IMPOSIBILITADO PARA MANIFESTAR SU VOLUNTAD

Acabamos de afirmar que la capacidad natural es capacidad suficiente en el ámbito de la salud para que el menor pueda decidir en el ámbito de la salud cuestione banales y que no comprometan la vida o la salud; no obstante, cabe la posibilidad que el menor, a pesar de tener capacidad natural, se encuentre de hecho imposibilitado (por ejemplo, cae en coma) y surge el problema de quién debe decidir. El art. 10.6.b) LGS establecía que, en los casos en que el paciente no estaba capacitado para tomar decisiones, el derecho a decidir correspondía a sus familiares o personas allegadas; criterio todavía seguido en algunas de las legislaciones autonómicas⁴⁴. El precepto era técnicamente deficiente porque es a los representantes legales a quienes correspondía velar por los pacientes cuando no tengan capacidad y no a los parientes o allegados. La LAP es más acertada técnicamente y en el art. 9.3.a) LAP se establece que se otorgará el consentimiento informado 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. Si el paciente carece de representación legal, el consentimiento lo prestarán personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. Este criterio es a su vez el seguido por la mayoría de las legislaciones autonómicas⁴⁵.

⁴⁴ Así: art. 49.6.c) Ley 1/1992, del Servicio de Salud del Principado de Asturias; art. 7.2.a) Ley 21/2000, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica de Cataluña; art. 6.1.a) Ley 3/2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia.

⁴⁵ Así: art. 12.1 Ley 6/2002, de Salud de Aragón; art. 6.3.a) Ley 2/2002, de Salud de la Rioja; art. 31.1.a) Ley 7/2002, de Ordenación Sanitaria de Cantabria; art. 12.5 Ley 5/2003, de Salud de las Islas Baleares; art. 18.3 Ley 8/2003, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León; art. 18.2.f) Ley 3/2005, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, que remite a la LO 41/2002; art. 25.1.1) Ley 3/2005, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura; art. 46.2 Ley 3/2009, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia; art. 20.1.a) Ley 5/2010, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha; art. 51.1.a) Ley Foral 17/2010,

En los casos en que el paciente menor esté imposibilitado para decidir y no haya tiempo para nombrar representante legal, el art. 8 del Convenio de Oviedo dispone que: "... podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada". En este mismo sentido, el art. 9.2.b) LAP establece que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento: "Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o las personas vinculadas de hecho a él". El precepto impone la obligación de consultar a las personas vinculadas con el paciente por razones familiares o de hecho en los casos en que las circunstancias lo permitan; en los supuestos de urgencia médica se prescinde no sólo del consentimiento, también del deber previo de informar, salvo que la situación permita que se pueda consultar a los familiares o allegados⁴⁶. Para explicitar qué se entiende por situación de peligro se puede acudir al derogado art. 10.6.c) LGS, y vendría a ser aquella situación en que la demora del tratamiento o intervención pudiera ocasionar lesiones irreversibles o peligro de fallecimiento.

El art. 9.2.b) LAP es criticable por utilizar expresiones ambiguas tales como: "personas vinculadas con el paciente por razones familiares o de hecho", que abren de forma arbitraria e injustificada el círculo de posibles legitimados para adoptar una decisión relativa a derechos tan importantes como la vida y la integridad física. En estos casos la doctrina ha propuesto seguir el orden de delación de la tutela establecido en los arts. 234 y 235 CC, aunque es susceptible de ser alterado en beneficio del paciente⁴⁷. A falta de representante legal, la mayoría de las legislaciones autonómicas conceden la decisión a los familiares y allegados, sin limitar

de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra.

⁴⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre...*, op. cit., pág. 344. No obstante, en estos supuestos de urgencia algunos autores han sostenido la tesis de la proporcionalidad de la información consistente en que a mayor urgencia menor cantidad de información: COBREROS (1987, pág. 276, nota 327).

⁴⁷ GARCÍA GARNICA, M^a C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado...*, op. cit., pág. 133.

el círculo de los legitimados ni establecer un criterio de prelación entre ellos⁴⁸. Ahora bien, como veremos a continuación, la decisión de los representantes legales o de los familiares y allegados debe ser siempre en interés del menor.

6. EL MENOR SIN CAPACIDAD NATURAL: EL INTERÉS DEL MENOR COMO OBLIGACIÓN DE LOS PADRES Y TUTORES

El art. 9.3 LAP regula tres supuestos de prestación del consentimiento por representación; en concreto, la letra c) se refiere al paciente menor que “no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”, es decir, que carezca de capacidad natural⁴⁹. En este caso el precepto establece que el consentimiento lo otorgará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el art. 9 LOPJM. El art. 9.3.c) LAP incurre, digamos, en el error técnico-jurídico de entender que cabe la representación en un derecho de la personalidad como es el consentimiento informado

⁴⁸ Así: art. 6.1.ñ. 2) Ley 2/1998, de Salud de Andalucía; art. 12.1 Ley 6/2002, de Salud de Aragón; art. 31.1.a) Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria; art. 12.5 Ley 5/2003 de Salud de Baleares atribuye este derecho a sus familiares, a su pareja y, subsidiariamente, a las personas cercanas a él; art. 18.3 Ley 8/2003, sobre derechos de la persona y el paciente de Castilla y León, alude a los familiares y personas vinculadas de hecho; art. 46.2 Ley 3/2009, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia se refiere a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho; el art. 20.1ª Ley 5/2010, de Castilla-La Mancha, alude a personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho; art. 6.3.a) Ley 2/2002, de Salud de la Rioja, emplea sólo el término familiares; sigue el mismo criterio el art. 46.2.b) Ley Foral de Navarra 17/2010, de derechos y deberes de las personas en materia de salud.

⁴⁹ El art. 9.3. recoge otros dos supuestos de prestación del consentimiento por representación:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, el consentimiento lo prestará su representante legal del paciente o, en su defecto, las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

El supuesto contemplado en la letra a) sólo tiene lógica si se está refiriendo a un mayor de edad que no está incapacitado pero si imposibilitado de hecho, si fuera menor se incluiría en el supuesto de la letra c), y si estuviera incapacitado en el de la b); por lo que es evidente que la expresión representante legal no tiene sentido desde el punto de vista técnico-jurídico.

y, parece, se apartaría así de la regla general del art. 162.1 CC que excluye del ámbito de la representación de los derechos fundamentales y de la personalidad⁵⁰. Por eso, algún autor consideraba preferible haber mantenido la expresión "consentimiento por sustitución", que figuraba inicialmente en la Proposición de Ley y en alguna de las legislaciones autonómicas⁵¹, por entender que ninguno de los supuestos regulados son propiamente de representación⁵². Ahora bien, esta expresión, "consentimiento por sustitución", tampoco es acertada porque no hay tal sustitución de la voluntad del paciente; únicamente, ya hemos dicho, se trata de una atribución legal de facultades a los representantes legales para facilitarles el cumplimiento de los deberes inherentes a su potestad de guarda, o de deberes morales y legales en aquellos casos en los que la decisión corresponde a los familiares y allegados.

En relación a la autonomía del paciente sujeto a patria potestad o tutela, ha tenido enorme importancia el caso "Gillick" sustanciado ante los tribunales del Reino Unido⁵³. A raíz de su resolución judicial se habla

⁵⁰ Como señala M^a. A. PARRA LUCÁN: "Con carácter general, el artículo 9.3 de la Ley 41/2002 es criticable porque engloba bajo la expresión 'consentimiento por representación' supuestos muy heterogéneos, incluidos aquellos en los que la persona carece de representación (así, conforme a la letra a, los casos de la persona que no se encuentra en condiciones de prestar su consentimiento: salvo que se quiera entender que la ley convierte, automáticamente, en representantes legales a 'las personas vinculadas por razones familiares o de hecho')", "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", en *Aranzadi Civil*, 2003, pág. 1909.

⁵¹ Art. 7.2 Ley 21/2000, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, de Cataluña; art. 6.1 Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia; art. 14.1 Ley 6/2002, de Salud de Aragón; art. 46.1 Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia.

⁵² DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre...*, op. cit., pág. 346.

⁵³ *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All ER 402 (House of Lords). El Departamento de Salud emitió una resolución sobre el uso de preservativo por los menores de dieciséis años, en la que se ordenaba a los médicos proporcionarlos obteniendo en la medida de lo posible el consentimiento de los padres. La señora Victoria Gillick, madre de cinco niñas menores, quiso que las autoridades locales le aseguraran que sus hijas no iban a recibir anticonceptivos sin su consentimiento. Como la Administración no cumplió su requerimiento, se planteó la cuestión ante los Tribunales argumentando que la entrega de preservativo a los menores entorpecía el

de la competencia Gillick para referirse a aquellos supuestos de menores sujetos a patria potestad con capacidad para adoptar decisiones en el ámbito de la salud, independientemente de los titulares de la patria potestad⁵⁴. La LAP, tal y como hemos señalado, atribuye autonomía al paciente menor con capacidad natural, aunque esté sujeto a patria potestad o tutela, pero sólo referida a decisiones banales. Las decisiones importantes que comprometan la vida o la salud del menor corresponden a sus representantes legales (art. 9.4 LAP). También, cuando el menor carezca de capacidad natural, corresponde a los representantes legales en el cumplimiento de los deberes inherentes a su potestad de guarda (arts. 154 y 216 CC), velar por su vida, integridad corporal y salud. Por eso, con el fin de facilitar a los representantes legales del menor el cumplimiento de este deber, la LAP les atribuye el derecho a la información (art. 5.3 LAP) y la facultad de otorgar el consentimiento informado (art. 9.3. c) LAP). Son facultades, es decir, derechos atribuidos a los titulares de la patria potestad y a los tutores para facilitarles el cumplimiento del deber de velar por la vida, integridad corporal y la salud de los hijos y pupilos. En todo caso, la decisión de los representantes legales debe buscar siempre el interés del menor, en cuanto constituye la finalidad intrínseca de la patria potestad y de la tutela⁵⁵. La Ley 26/2015 introduce en el art. 9 LAP los números 6 y 7 dirigidos a reforzar y garantizar el interés del menor. El art. 9.6 establece que en los casos del consentimiento otorgado por el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en los supuestos de los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. El art. 9.7 dispone que: "La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las

ejercicio de la patria potestad. La Cámara de los Lores en 1986 rechazó la pretensión de la señora Gillick, por entender que los derechos de los padres existen para el beneficio de los hijos y para permitirles cumplir sus deberes, y el derecho de los padres a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de comprender la opción propuesta.

⁵⁴ ROCA TRIAS, E., "LA función del derecho para la protección de la persona ante la Biomedicina y Biotecnología", en C.M. ROMEO CASABONA (coord.), *Derecho Bio-médico y Bioética*, Comares, Granada, 1998, págs. 170-172; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre...*, op. cit., pág. 359.

⁵⁵ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op. cit., págs. 57-58.

necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.

La dificultad de dar una definición de interés del menor ha sido puesta de relieve unánimemente por la doctrina, y se explica por su naturaleza de concepto jurídico indeterminado. En una primera aproximación, el interés del menor vendría a identificarse con los actos necesarios para la restauración de la salud o para evitar un menoscabo de la misma, y se confundiría de este modo con el derecho a la vida y la integridad corporal y la salud⁵⁶. En este sentido, la LO 8/2015 introduce en el art. 2.2 LOPJM una serie de criterios a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, y entre ellos la protección de la vida del menor. Sin embargo, no siempre el interés del menor se identifica con su vida o salud; a veces pueden intervenir otros factores tales como la edad y el grado de madurez del menor; sus convicciones éticas, religiosas y culturales; el grado de sufrimiento o la merma de la calidad de vida que entrañará la intervención médica, etc. Por ello conviene deducir de la legislación criterios o parámetros, más o menos claros, que permitan a los operadores jurídicos determinar, en el caso concreto, cuando un tratamiento o actuación médica se entiende en interés del menor:

- 1º. El primero de los criterios es que el tratamiento o intervención médica debe redundar directamente en beneficio del menor. Es decir, que con arreglo a la ciencia médica deba entenderse necesario para garantizar y proteger la vida y la integridad corporal o la salud del menor, tal y como se deduce ahora del art. 9.6 LAP. En este sentido, el art. 6.1 del Convenio de Oviedo dispone que el consentimiento por representación sólo se puede prestar cuando redunden en beneficio del paciente; además, alude a la prevalencia del interés y el bienestar del ser humano frente al interés exclusivo de

⁵⁶ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op. cit., pág. 126.

la sociedad o la ciencia como principio general (art. 2). La LAP acoge también la distinción entre interés a la salud de carácter social o general⁵⁷, e interés de carácter individual⁵⁸, pero no encontramos una norma que, al igual que hace el Convenio, establezca de forma expresa la prevalencia del interés del individuo frente al de la sociedad. No obstante, es posible deducirla de los principios básicos establecidos en el art. 2 LAP y, señaladamente, de la dignidad y autonomía del paciente.

- 2º. El tratamiento médico o intervención quirúrgica debe tener un carácter o finalidad terapéutica. Por eso, difícilmente se justificaría someter a un menor a una operación de cirugía estética a no ser aquellas que por su índole o naturaleza tuviesen un eventual o potencial beneficio terapéutico, bien sea físico y/o psicológico⁵⁹.
- 3º. La trascendencia y repercusión del tratamiento o de la intervención quirúrgica, sobre todo en atención a sus posibles efectos de naturaleza irreversible y la existencia de una relación entre el riesgo y el beneficio potencial. Por eso, el art. 9.7 LAP dispone que la decisión del representante legal para emitir el consentimiento ha de ser lo más objetiva y proporcionada posible siempre a favor del enfermo y respetar su dignidad personal⁶⁰.

⁵⁷ Art. 2.5.

⁵⁸ El art. 9.1 establece como límite al derecho a no ser informado el interés del propio paciente a la salud; el art. 18.3 alude al interés terapéutico del paciente como finalidad de los datos del mismo consignados en la historia clínica.

⁵⁹ Por eso, el Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se sometan a operaciones de cirugía estética y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizada a personas menores de edad de Andalucía (BOJA nº 53, 18.3.2009), exige la suficiente madurez mental y por los menores de dieciséis años decidirán sus representantes legales (art. 6.2.b). La principal finalidad perseguida por el Decreto, es garantizar que el menor de edad que pretenda someterse a cirugía estética, disponga de la suficiente madurez mental y reciba una información completa, objetiva y adaptada a sus necesidades y desarrollo madurativo; además, que la relación entre el riesgo y el beneficio es razonable. Para la consecución de tales objetivos, crea un registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética a personas menores de edad.

⁶⁰ Siguen estos criterios: art. 7.4 Ley 21/2000, de Cataluña; art. 6.3 Ley 3/2001, de Galicia; art. 14.3 Ley 6/2002 de Aragón; art. 31.1 Ley 8/2003 de Castilla y León; art. 25.4 Ley 3/2005, de Extremadura; art. 46.3 Ley 3/2009, de 11 de Murcia.

Estos criterios habrán de ponderarse atendiendo a la edad, porque cada edad tiene sus peculiaridades, y al grado de madurez del menor, que puede servir para que la decisión se ajuste lo más posible a las necesidades y deseos del menor (art. 2.3.a) LOPJM). Por eso, ya el anterior art. 9.3.c) LAP y algunas legislaciones autonómicas⁶¹, imponían a los representantes legales la obligación de oír al menor cuando tuviese suficiente madurez y en todo caso a los doce años; se trataba de una aplicación del derecho del menor a ser oído en los asuntos de su interés que le reconocen con carácter general los arts. 154, párrafo 2º CC y 9 LOPJM. No obstante, la decisión del representante legal, o del familiar o allegado, ante eventuales discrepancias que pudieran surgir con el médico o la institución sanitaria, era susceptible de ser sometida a control judicial conforme al art. 158 CC. Este es el criterio asumido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH de 9 de marzo 2004, dictada en el caso *Glass versus The United Kingdom*⁶² que condenó al Reino Unido a pagar una indemnización por daños morales a la madre de un menor que se oponía al tratamiento prescrito para su hijo, porque el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales impone al médico la obligación de buscar el auxilio judicial cuando los padres se oponen al criterio clínico y no existe una situación de urgencia que, por lo demás, debe interpretarse restrictivamente. Algunas legislaciones autonómicas permiten el control judicial previo de la decisión del representante legal en aquellos casos en que la aplicación del tratamiento o de la intervención ponga en peligro la vida o la integridad física o psíquica del

⁶¹ Así: art. 7.2.d) Ley 21/2000, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación de Cataluña; art. 6.1.c) Ley 3/2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia; art. 14.1.c) Ley 6/2002, de Salud de Aragón; art. 3.2 Ley de Cantabria 7/2002, de Ordenación Sanitaria; art. 12.6 Ley 5/2003 de Salud de las Islas Baleares; art. 28.3 Ley 8/2003, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León; art. 25.1.c) Ley 3/2005, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura; art. 15.3 Ley 1/2006, de Protección de Menores de La Rioja; art. 46.1 Ley 3/2009, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia; art. 20.1.c) Ley 5/2010, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha; art. 51.1.c) Ley Foral 17/2010, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra.

⁶² TEDH 2004/22.

menor⁶³. No obstante, cuando la demora en la intervención médica ponía en peligro la vida o la integridad física del menor, el médico estaba legitimado, sin necesidad de consultar a los representantes legales, a los parientes y allegados o a la autoridad judicial, para tomar la decisión con arreglo a la *lex artis*, pero teniendo en cuenta siempre el interés del menor (art. 9.2. b) LAP). La Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en casos de riesgo grave, desde la identificación del interés del menor con la protección de su vida y su salud, cuestionaba la relevancia de la voluntad expresada por los representantes legales del menor no maduro cuando su contenido entrañaba objetivamente un riesgo grave o de carácter irreversible. Tras la Ley 26/2015 el papel del médico ha sido reforzado y en caso de que considere la decisión de los representantes legales y los familiares o allegados contraria al interés del menor deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, y si por razones de urgencia no es posible recabar la autorización judicial, deberá adoptar las medidas necesarias conforme a *lex artis* médica para salvaguarda la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (art. 9.6 LAP). Estas garantías, además de facilitar su trabajo, pretenden proteger el interés del menor a la vida y a la salud del menor, frente a las eventuales decisiones del propio paciente o de los representantes legales que puedan ser perjudiciales.

⁶³ Art. 31.2 Ley de Cantabria 7/2002, de Ordenación Sanitaria de Cantabria; art. 20.5 Ley 14/2002, de Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León; art. 6.3.b) Ley 2/2002, de Salud de La Rioja; art. 212-2.4 Código Civil de Cataluña.