Por Ley
ECOS Y COMENTARIOS

Mayoría de edad sanitaria en España: no existe

Por Ricardo De Lorenzo, socio-director de De Lorenzo Abogados

El principio consagrado de **prevalencia del "interés superior del menor"**, incluso frente a la patria potestad de los padres se contempla ya en los dos proyectos de ley que ha aprobado el Gobierno que modificarán el conjunto de leyes relacionadas con la protección de los menores. Las dos nuevas normas, bajo los nombres de Ley de Protección de la Infancia, y Ley Orgánica complementaria de Protección de la Infancia, modificarán 12 leyes, cuatro Orgánicas: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Y 8 ordinarias como son la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; el Código Civil; Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 Marzo Estatuto de los Trabajadores; Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; 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; Ley 40/2003, de 18 de Noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; Ley 7/2007, de 12 de Abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

Con esta importantísima reforma se actualizará la legislación para la protección del menor en consonancia con la normativa internacional y las jurisprudencias española y europea, dando así respuesta a las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas. **En concreto, en 2013 señaló que "el interés superior del menor" debe ser un derecho sustantivo del menor, un principio interpretativo y una norma de procedimiento.** De este modo España se convertirá con esta importante reforma en el primer país del mundo en incluir en su ordenamiento el derecho a la defensa del interés superior del menor, que primará sobre cualquier otra consideración. El objetivo es diáfano: garantizar la especial protección del menor de modo uniforme en todo el Estado. Bajo el paraguas de la defensa del interés superior del menor como elemento primordial, la redacción de la reforma promueve la participación de los menores a través del derecho a que sean oídos y escuchados, lo que incluye a los menores de doce años siempre que tengan madurez suficiente. En consecuencia, en la resolución de procedimientos judiciales **se deberá exponer siempre si se ha oído al menor y lo que éste ha manifestado.**

Pero lamentablemente y a pesar de todo lo anterior seguimos sin resolver la determinación de la mayoría de edad sanitaria, inexistente realmente en nuestra normativa jurídica, y que sigue generando equívocos incluso al más alto nivel de representación política e incluso jurídica, al afirmarse de forma descontextualizada, que la mayoría de edad sanitaria es en España la de 16 años, lo que constituye un error técnico-jurídico, toda vez que la mayoría de edad civil (a partir de los 18 años), es coincidente con la plena mayoría de edad sanitaria, a diferencia de lo que ocurre en **Francia** donde "la mayoría médica", suele fijarse por la doctrina en los 15 años de edad, o el Acta sobre Derecho de Familia Inglesa (Family Law Reform Act 1969) **fija en su artículo 8 la edad de 16 años para otorgar consentimiento informado pleno.**

Además de este artículo, es de citar, por su amplia repercusión en el ámbito doctrinal, la sentencia dictada en 1985 por la **Cámara de los Lores** en el caso Gillick vs. El departamento de salud de West Norfolk y Wisbech, (3 All ER 402 HL), en la que se declaró la capacidad de unas adolescentes menores de 16 años para recibir asesoramiento y tratamiento médico anticonceptivo en función de su capacidad para comprender el alcance y finalidad de dicho tratamiento, **situando la mayoría de edad sanitaria, en los 16 años distinguiendo además, según las características de la intervención médica.**

La confusión tiene su origen en la utilización de la específica regulación que para el consentimiento informado se contempla en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, donde se **regula el llamado "consentimiento por representación"** y donde se establece la necesidad de recabar el consentimiento de los menores emancipados y los menores con dieciséis años cumplidos".

A diferencia de lo que sucede con el consentimiento, en la regulación del derecho a la información contenida en los artículos 4 a 6 de la Ley 41/2002, no se contiene en ellos ninguna referencia al paciente menor de edad.

Ello nos permite distinguir entre el paciente menor de edad (no emancipados menores de dieciséis años) y el paciente menor maduro (menor emancipado o mayor de dieciséis años).De la regulación legal contenida en la Ley 41/2002, con respecto al consentimiento informado de los menores, **cabe destacar la idea de que, con anterioridad a la mayoría de edad, el menor puede realizar determinados actos,** básicamente relacionados con los derechos de la personalidad, sin el consentimiento de su representante legal, siempre que sus condiciones de madurez se lo permitan.

Por lo que **en nuestro país solo existe la presunción de mayoría de edad a partir de los dieciséis años,** en la que el menor deviene titular del derecho a la información asistencial, la cual, aparece predeterminada en el artículo 9. 3 de dicha Ley, y no una mayoría de edad sanitaria, como se viene estableciendo con carácter general equivocadamente.

El caso de Hannah Jones de 13 años de edad, la niña inglesa de Marden, que enferma de leucemia decidió no someterse a más tratamientos, para morir en su casa y no afrontar un arriesgado trasplante de corazón o el pasado mes de septiembre el caso del niño británico Ashya King, al que sus padres sacaron del hospital donde le trataban de un tumor cerebral, son casos que hicieron que se abrieran numerosos debates no solo éticos, y de creencias religiosas, sino también y muy especialmente desde el punto del Derecho Sanitario, la mayoría de edad sanitaria en nuestro País; el grado de autonomía de una niña de 13 años para una decisión de esta naturaleza; o el papel de los padres y su competencia a nivel de la toma de decisiones, en aquellas situaciones de conflicto, cuando los facultativos consideran necesario practicar a un menor de edad una intervención médica en situación de "riesgo grave", y los padres se oponen.

Situaciones de por sí jurídicamente complejas, que suponen la afectación de derechos fundamentales y que siempre vienen acompañados de un fuerte componente emocional, sin una normativa concreta sobre la tan repetida mayoría de edad sanitaria y que se viene solucionando mediante el concepto jurídico de "interés del menor", aplicado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, que siguiendo el ejemplo del art. 9 de la "Children Act británica de 1985", parte de l**a posición del médico como "garante de la salud e integridad del paciente menor de edad",** estableciendo una serie de criterios, máximas de experiencia, medios y procedimientos para orientar la determinación de ese interés del menor y paralelamente, su identificación al caso concreto, dado que nuestra Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente, no especifica expresamente quién ha de resolver los conflictos que se presenten cuando en casos de "riesgo grave" los facultativos entiendan que es imprescindible una intervención médica urgente y sus representantes o el propio menor se nieguen a prestar el consentimiento.

Sin intención evidente de jerarquizar los criterios de determinación del interés superior del menor, el Tribunal Supremo deja clara la prioridad de satisfacer las necesidades básicas o vitales del menor entre las que cita expresamente su salud. También queda claro que la necesidad de atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, con ser esencial, se subordina a la compatibilidad de tales deseos, sentimientos y opiniones con las necesidades básicas o vitales del mismo. Es evidente que si la salud es una de tales necesidades básicas, lo será prioritariamente la vida como presupuesto "sine qua non" de todas las demás.

Pero aún cabe destacar otros dos criterios importantes del repertorio que proporciona la Sala 1ª del Tribunal Supremo "Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse" y "Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión **"en interés del menor" (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio)".**

La identificación del “interés superior del menor” con la protección de su vida y su salud y con la consideración de las consecuencias futuras de toda decisión que le afecte, unida al carácter irreversible de los efectos de ciertas intervenciones médicas o de su omisión en casos de grave riesgo, llevan a cuestionar la relevancia de la voluntad expresada por los representantes legales del menor no maduro cuando su contenido entrañe objetivamente grave riesgo.

Igualmente, **la salvaguarda del superior interés del menor impondrá restriccione**s a la capacidad de los menores emancipados, mayores de 16 años y menores maduros en relación con decisiones que en el ámbito médico sanitario comporten el mismo riesgo grave.

Esta conclusión se desprende en primer lugar de la cláusula contenida en el inciso último del art. 9.3 c) in fine de la Ley de Autonomía del Paciente y de la que se deduce que cuando el facultativo aprecia situaciones de “riesgo grave”, excluido el consentimiento por representación, debe “tomarse una decisión” tras informar y oír a los padres del menor, “teniendo en cuenta su opinión”. En definitiva, **una magnífica ocasión la de esta importantísima reforma para incorporar la mayoría de edad sanitaria en nuestro país.**