

Por Ley



Modificado el consentimiento informado por representación: su incidencia en la medicina crítica

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

La pasada semana he tenido la oportunidad de dirigir un curso en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de A Coruña, Universidad que conduce sabiamente en Galicia el prestigioso jurista y Profesor Domingo Bello Janeiro, titulado “**Novedades en Derecho Sanitario**”, en el que se trataron algunos de los temas de actualidad de nuestra especialidad.

Entre ellas tratamos la profunda reforma del sistema de protección de menores producida el pasado mes de Julio, 20 años después de la aprobación de la LO 1/1996 de Protección jurídica del menor y su incidencia en el **consentimiento informado** por representación. **La reforma está integrada por dos normas**, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, y la Ley Orgánica 8/2015, que ha introducido los cambios necesarios en aquéllos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en los arts. 14, 15, 16, 17 y 24 CE., **consagrando así el principio de prevalencia del “interés superior del menor”**, convirtiéndose así nuestro país 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.

Esta importantísima reforma ha actualizado la legislación para la protección del menor en consonancia con la normativa internacional y las jurisprudencias española y europea, dándose así respuesta a las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas. En concreto, en 2013 este Comité señaló que el interés superior del menor será un derecho sustantivo del menor, un principio interpretativo y una norma de procedimiento. 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.

Estas nuevas normas ha innovado como he indicado la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Integral de Medidas contra la Violencia de Género para permitir el desarrollo de las medidas aprobadas en el Plan de Infancia y Adolescencia 2013-2016, y en lo que fue objeto de tratamiento en el curso, la propia 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, al modificarse los apartados 3, 4 y 5 y añadirse los números 6 y 7 al artículo 9 de la Ley.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la **autonomía del paciente**, no especificaba expresamente quién debía resolver los conflictos que se venían presentando cuando **en casos de “riesgo grave” los facultativos entendían que era imprescindible una intervención médica urgente** y sus representantes o el propio menor se negaban a prestar el consentimiento.

La modificación efectuada en los apartados 3, 4 y 5 y los apartados añadidos 6 y 7 al artículo 9 de la Ley, hacen que se reconozca que, con independencia de la gravedad o alcance de la intervención, **que el menor de dieciséis años puede ser tan inmaduro como otro de menor edad** para valorar el alcance de la intervención, a juicio del Médico.

Con anterioridad a la modificación establecida en la Disposición final segunda, de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, de la Ley 41/2002, la edad de 16 años parecía impedir la representación del menor de edad **“en todo caso”**, salvo situaciones de

incapacidad legalmente declarada y sin perjuicio de la necesidad de informar a los padres y “tener en cuenta” su opinión en casos de grave riesgo. Ahora, la remisión que el número 4 del art. 9 realiza a letra c) del apartado anterior, aclara en sentido contrario que **los padres han de otorgar el consentimiento por representación de sus hijos menores de edad**, aunque sean mayor de dieciséis años y aunque no se trate de una actuación de grave riesgo para la salud o la vida del menor, si éste se encuentra en el supuesto del apartado c) del núm. 3 del art. 9, esto es: si a juicio del facultativo, el menor de edad, cualquiera que sea esta, no es capaz emocional ni intelectualmente de comprender el alcance de la intervención.

Estas situaciones no especificadas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, habían venido resolviéndose por la Sala Primera del Tribunal Supremo”, a partir de la Sentencia nº 565/2009 de 31 de julio, siguiendo el ejemplo de la “Children Act británica de 1985”,(art. 9), partiendo de la 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, sentando así la concreción práctica del **concepto jurídico de "interés del menor"**.

Establece esta Sentencia “Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas”. A continuación, sigue diciendo la Sentencia citada que, “Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento”.

Sin intención evidente de jerarquizar los criterios de determinación del interés superior, con este orden enumerativo 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 esta sentencia: “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”.

“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, llevaban a cuestionar la relevancia de la voluntad expresada por los representantes legales del menor no maduro cuando su contenido entrañara objetivamente grave riesgo.

Estos conflictos que se presentan 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, son más habituales de lo que parece, y para muestra el reciente **caso Andrea**, en el Hospital Clínico de Santiago de Compostela.

Los bienes en **conflicto** serán de un lado, la vida del paciente menor de edad y en relación con ella, su salud, y de otro, su autonomía y libertad de decisión, sea indirectamente ejercida a través de la representación legal, o sea directamente ejercida cuando se trata de menores emancipados, mayores de 16 años o menores maduros.

No obstante, **ante situaciones urgentes los Médicos**, a la vista de la redacción del art. 9.3.6 de la Ley de Autonomía del Paciente podrían, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad

justificante.

Sin embargo, **siempre que la situación no sea de urgencia**, será aconsejable como más respetuoso con **el principio de autonomía del menor**, plantear el conflicto como he dicho ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.

No existe una norma específica que regule el procedimiento a seguir en los casos en los que los **Médicos**, como garantes de la salud e integridad del paciente menor de edad, ponga los hechos en conocimiento de la autoridad judicial, pero está claro que mediante el cumplimiento de su obligación **deponer los hechos en conocimiento de la autoridad**, deberá el Juez proceder de oficio, si el mismo es el destinatario directo de la información, o a instancias del Fiscal, si es éste quien recibe la comunicación de los Médicos.

La modificación practicada en la Ley 41/2002 **es de gran calado**, lo que obligará a revisar los protocolos sanitarios y textos de consentimiento informado, siendo necesario que los centros sanitarios los adapten a la nueva redacción del artículo 9.