

II JORNADA FORMATIVA EN BIOÉTICA ORGANIZADA POR HM HOSPITALES

**PONENCIA DE RICARDO DE LORENZO, SOCIO-DIRECTOR
DEL BUFETE DE LORENZO ABOGADOS, Y PTE DE LA
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO SANITARIO**

EL DERECHO A LA DEFENSA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El progreso humano y el grado de civilización, debe medirse por el respeto, la valoración y la protección de los más débiles y desfavorecidos especialmente los niños.

La elección del título “El Derecho a la defensa del Interés superior del menor”, no es más que la concreción práctica del concepto jurídico de “interés del menor” que ha venido resolviendo 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”**. El Tribunal Supremo establece así 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 niegan a prestar el consentimiento.**



Afortunadamente el principio consagrado de prevalencia del “interés superior del menor”, frente a la patria potestad de los padres en estas situaciones 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, innovarán 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.

Con esta reforma España se convierte así 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.

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 niegan a prestar el consentimiento, son más habituales de lo que parece. Veamos algunos ejemplos.

EL CASO DE HANNAH JONES

Es el caso de una niña inglesa de Marden, en el sudeste de Inglaterra, de 13 años de edad, que enferma de leucemia decide en un momento puntual no someterse a más tratamientos, para morir en su casa y no afrontar un arriesgado trasplante de corazón.

En diciembre de 1999 se le diagnostica leucemia, y el tratamiento contra ese cáncer, que ahora está en remisión, daña su corazón, hasta el punto de necesitar un trasplante porque el actual lo tiene muy debilitado.

Se trata de una operación de muy alto riesgo. Además hay que tener en cuenta que la medicación, que debería tomar durante años como todo trasplantado, podría reactivar la leucemia que ahora está aletargada.

También podría ocurrir que con este tratamiento consiguiese llegar a vivir con normalidad. Los médicos se han mostrado partidarios en todo momento de seguir con las terapias previstas, aunque aceptan la decisión de la menor y sus padres de suspenderla.

Antes que nada dejar claro que este caso no es un caso ni de suicidio, ni de eutanasia. Estas dos prácticas suponen la decisión de acabar con la propia vida, o con la de otros. Hannah, por el contrario, no quiere morir.

Tampoco quiere que le apliquen terapias de resultados inciertos, y muy agresivas. Estamos ante un caso de disposición sobre el propio cuerpo en una disyuntiva de caminos a seguir. No se elige entre vivir y morir, sino entre no tratarse y tratarse con gran sufrimiento y con resultado muy incierto.

El sentir común es que no tiene obligación moral de acudir al trasplante. También que sería igualmente moral que lo aceptara como los médicos le han recomendado. Cada persona debe ver qué es el bien práctico para ella.

Lo peculiar de este caso es que la limitación de las terapias la decide una menor, abriendo un debate que no debería centrarse solamente en el papel de los padres y especialmente sobre su competencia a nivel de la toma de decisiones, sino en el grado de autonomía de una niña de 13 años para una decisión de esta naturaleza.

El Hospital de Herefordshire, en Inglaterra, retiró su demanda ante la Corte Suprema de Londres luego de que una asistente social examinara y reconociera la firme voluntad de Hannah de no querer someterse a una operación de corazón, la decisión inicial de la joven y el hecho de que los médicos acabaran aceptándola es perfectamente coherente con lo previsto por la legislación británica para estos casos.

En el derecho inglés, el Acta sobre Derecho de Familia (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.

¿Pero qué hubiera ocurrido en España ante una situación idéntica?

En nuestro Derecho puede afirmarse que no existía ninguna norma que determinase con carácter general la edad o los criterios a los que habría que atender para valorar el grado de madurez del menor o, como se dice en la doctrina francesa, la “mayoría médica”.

En el derecho inglés, el Acta sobre Derecho de Familia la sitúa en los 16 años y distingue, además, según las características de la intervención médica. De ahí que, por regla general, sea válido el consentimiento otorgado por los mayores de 16 años sin necesidad de que además consientan los padres.

Sin embargo, en los casos de cirugía mayor o de intervenciones de alto riesgo, se aconseja informar a los padres, salvo que el paciente no lo autorice. En los menores de 16 años se atiende también a los distintos tratamientos, con la regla general de que el menor debe ser informado y consentir si es capaz de comprender la finalidad, la naturaleza y los riesgos de la intervención.

En el informe explicativo del Convenio de Oviedo (Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, suscrito el día 4 de abril de 1997) se afronta esta cuestión.

De un lado, por lo que se refiere a los menores, se entiende que la opinión del menor debe adquirir progresivamente más peso en la decisión final, cuanto mayor sea su edad y capacidad de discernimiento. En consecuencia, en algunas ocasiones, el consentimiento del menor es necesario o, al menos, suficiente.

Con tales antecedentes normativos, la Ley Básica de Autonomía del Paciente dedica el apartado 3, del artículo 9 a regular el consentimiento por representación, y, a diferencia de lo que acontecía antes de su promulgación – y tomando como modelo la legislación inglesa – establece la edad mínima de los dieciséis años a partir de las cuales se entiende que el menor es capaz de decidir por sí mismo, aunque dice la ley que en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisión correspondiente.

Como se ve, la influencia del Acta sobre Derecho de Familia inglesa es notoria en la regulación de esta cuestión.

En consecuencia en España por lo que respecta a los menores de edad, la regla general es el valor jurídico del consentimiento prestado por el menor maduro. Y en este sentido la Ley Básica de Autonomía del Paciente determina las siguientes situaciones:

- El menor no maduro (0 a 12 años), cuyo consentimiento corresponde a sus padres o a su representante legal.
- El menor no maduro (12 a 16 años), respecto del cual tanto los padres como los facultativos deben pedir opinión.
- El menor maduro (16 a 18 años), cuya opinión es vinculante.

Pero la cuestión fundamental sigue siendo la de determinar la “mayoría de edad sanitaria” que, en nuestro caso, significa fijar la edad a partir de la cual el menor deviene titular del derecho a la información asistencial, la cual, aparece predeterminada en el artículo 9.3 de dicha Ley, fijando una presunción de mayoría de edad a partir de los dieciséis años, y no una mayoría de edad sanitaria, como se viene estableciendo con carácter general equivocadamente.

Por último Hannah resolvió incluir su nombre en la lista de espera para un trasplante tras la fiesta en la que celebró su 14 cumpleaños.

EL CASO ASHYA KING

Este caso mucho más conocido, trata del niño británico Ashya King, al que sus padres sacaron del hospital donde le trataban de un tumor cerebral, abrió un debate desde el punto del Derecho Sanitario centrado principalmente en el papel de los padres y especialmente sobre 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.

Veamos los hechos. El caso de Ashya King saltó a la palestra informativa el pasado verano, cuando sus padres fueron detenidos en España por haber sacado al menor sin autorización médica del hospital inglés en el que estaba ingresado a causa de un tumor cerebral.

Meses después, el pequeño podría haber superado el cáncer, según han revelado sus progenitores al periódico *The Sun*.

Los Padres, fueron detenidos como consecuencia de abandonar con el menor, y sin conocimiento y alta de los Médicos, el hospital de Southampton y viajar hasta Málaga, con el objetivo de probar un tratamiento alternativo con haz de protones del que no disponían en el centro británico.

Tras ser liberados, se trasladaron hasta la ciudad de Praga, en República Checa, donde Ashya King ha sido finalmente tratado supuestamente con éxito, según las últimas revisiones en las que no se encuentran "evidencias" del tumor.

Los profesionales Médicos de Southampton practicaron dos cirugías al pequeño, con las que lograron eliminar el meduloblastoma que padecía.

No obstante, las intervenciones afectaron su capacidad de habla y de nutrición sin terminar de erradicar la posibilidad de reaparición del tumor. Con el objetivo de prevenirlo, sus padres reclamaron una terapia de haz de protones cuyo presupuesto no queda cubierto por el Sistema Británico de Salud.

El caso fue muy llamativo, máxime cuando el Magistrado de la Audiencia Nacional Ismael Moreno ordena cautelarmente la detención judicial, con el visto bueno de la Fiscalía, durante un máximo de 72 horas, consecuencia de una Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE) cursada por el Reino Unido a través de Interpol, en virtud de denuncia cursada por supuesto secuestro del menor, por el Hospital, quien argumentó grave riesgo para el niño.

La acusación de las autoridades británicas contra el matrimonio, fue por la comisión de un delito de crueldad sobre un menor de 16 años, conducta que en España no está tipificada como tal, pero que al cursarse como Orden Europea de detención y entrega no era indispensable que estuviera reconocido por la Justicia española.

El Magistrado tras oír al matrimonio su negativa a su entrega a Inglaterra acordó recabar un informe médico del Hospital Materno Infantil de Málaga, en cuya planta de Oncología Pediátrica fue ingresado el niño mandando traducir del inglés los documentos aportados por la defensa del matrimonio.

Por descontado que este mismo caso ha abierto otros múltiples debates no solo éticos, y de creencias religiosas, que en mi opinión no tienen, nada que ver en este caso, a pesar de la insistencia en los medios de comunicación, de su condición de Testigos de Jehová, sino también sobre la posible defectuosa comunicación entre los padres y los Facultativos y por supuesto también sobre los propios aspectos médicos, al crearse quizás involuntariamente muchas falsas expectativas, particularmente con las familias de los niños diagnosticados de cáncer, porque como es lógico piensan que también en sus casos, puede existir otro mejor tratamiento para sus hijos.

Este tipo de situaciones de por sí jurídicamente complejas, suponen la afectación de derechos fundamentales y siempre vienen acompañados de un fuerte componente emocional. Las preguntas que se plantean son múltiples

¿Qué debe hacerse cuando un menor está en una situación difícil en términos de salud, y polémica en términos ideológicos?

¿Quién está más legitimado para tomar decisiones al respecto: sus padres, los Médicos o la administración?

¿Puede quedar relegada la patria potestad ante la opinión profesional de los Médicos?

¿Qué ocurre cuando se plantea una situación de conflicto, en la Clínica u Hospital entre los padres y los Facultativos, al considerar estos la necesidad de practicar al menor de edad una intervención médica en situación de "riesgo grave", y los padres oponerse?, situación esta producida entre los Facultativos del hospital de Southampton, y los padres del niño Ashya King.

En este caso, en nuestro País, se planteará el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente por el Médico o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial.

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 c) 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.

No obstante, 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 de poner 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.

CONFLICTOS Y PAUTAS DE RESOLUCION¹

- El menor maduro se niega a una intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, en casos en los que los representantes legales son favorables a que se realice la misma.

En tal supuesto el médico, a la vista de la redacción del art. 9.3 c) LAP, podría, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.

- El menor maduro rechaza la práctica de la intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión.

En estos casos debe el médico plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

- El menor maduro presta su consentimiento a la intervención, siendo los representantes legales los que se oponen.

¹ Fiscalía General del Estado 1/2012 Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

En este supuesto no existe un conflicto entre los deseos y opiniones el menor y sus derechos a la vida y la salud, por lo que debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.

- Los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten la intervención, generando la omisión de la misma riesgo grave para su vida o salud.

El médico no puede aceptar la voluntad de los representantes del menor, pues se encuentra en una posición de garante respecto de su paciente. Por ello habrá de plantear el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial.

No obstante, en situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres, estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad justificante.

NORMAS

1. Los menores de 16 años que, a juicio del facultativo, no estén en condiciones de comprender el alcance de la intervención, carecen de capacidad para prestar el consentimiento informado. En estos supuestos el consentimiento para los tratamientos médicos habrá de ser prestado por los representantes legales.
2. Pueden prestar el consentimiento informado los menores de 16 y 17 años y los emancipados. También pueden prestarlo los menores de cualquier edad que, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir. No obstante, como regla general, los menores de menos de 12 años deben ser considerados inmaduros a efectos de prestar el consentimiento informado.
3. La capacidad de los menores para prestar el consentimiento informado debe entenderse modulada cuando se trate de intervenciones “de grave riesgo”, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9.3 c) Ley 41/2002, conforme a las conclusiones que se exponen a continuación.
4. Cuando el menor que deba considerarse maduro conforme a las previsiones de la anterior conclusión se niega a una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, si los representantes legales son favorables a que se realice la misma, por aplicación del art. 9.3 c) de la LAP, podrá, sin necesidad de acudir al Juez, llevarse a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.
5. Cuando el menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión, el médico debe plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.
6. Cuando el menor maduro presta su consentimiento a una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, y son los representantes legales los que se oponen, debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.
7. Cuando los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud habrá de plantearse el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente por el médico o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial. No obstante, ante situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad justificante.

8. El criterio de los Fiscales en estos supuestos partirá de que puesto que los menores de edad, entendiéndose por tales los menores de dieciocho años, se encuentran en proceso de formación y no han alcanzado la plena capacidad, no podrán dar relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte o graves daños para su salud.
9. Los Fiscales no sólo están legitimados para promover estos procedimientos, sino que debe entenderse que su intervención es preceptiva cuando el expediente se inicie de oficio o por otros legitimados. La propia naturaleza de la decisión a adoptar debe llevar a calificar el procedimiento como urgente e inaplazable, debiendo tramitarse por el Juzgado de Guardia.

SENTENCIA STS Nº 565/2009 DE 31 DE JULIO

- *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:

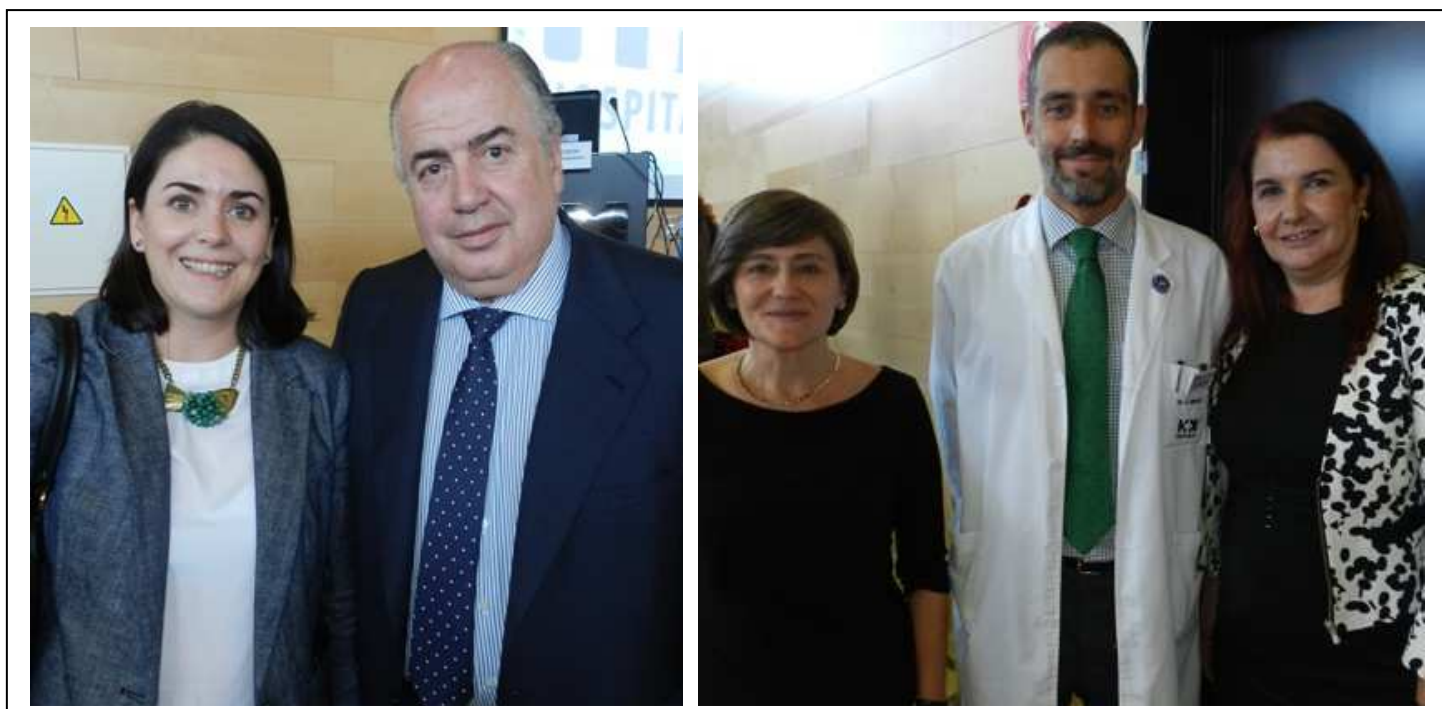
- *Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse.*
- *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, 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 restricciones 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 LAP que se ha analizado más arriba 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”.

HM HOSPITALES CELEBRA SU II JORNADA FORMATIVA EN BIOÉTICA (1)



Imágenes de la II Jornada Formativa en Bioética celebrada ayer en el hospital HM Sanchinarro, coordinadas por Julio Villanueva, Director Médico Adjunto del centro. **Arriba**, los ponentes de la jornada, donde vemos al Dr. Villanueva, Inés Galende, Juan Abarca Cidón, Blanca López Ibor y Ricardo de Lorenzo, que repite **abajo** a la izquierda, con su hija Ofelia de Lorenzo. A la derecha, Carmen Ruiz (IDIS), Carlos Mascías (Director Médico del centro) y M^a Luisa Calderón, de comunicación de HM Hospitales.



HM HOSPITALES CELEBRA SU II JORNADA FORMATIVA EN BIOÉTICA (2)



Arriba, Ricardo de Lorenzo Aparicci posa con integrantes del prestigioso despacho De Lorenzo, entre los que destaca Francisco Cantueso. A la derecha, momento en el que Juan Abarca da la bienvenida a los asistentes a la jornada. En el **centro**, M^a Luisa Calderón con Jesús Peláez. A la derecha, Javier Parra, que casualmente es el cardiólogo de Ricardo de Lorenzo, con María del Mar Cal, mujer de Juan Abarca. **Abaio**, de izquierda a derecha, Alfonso Moreno, Ricardo de Lorenzo durante su exposición; e Íñigo de Miguel.