

ARTÍCULO

**El consentimiento informado del menor de edad en materia
sanitaria**

Informed consent of the minor in health

MARÍA CLARA BLASCO IGUAL *

* María Clara Blasco Igual. Docente Departamento de Fisioterapia, Universitat de València. Correo electrónico: m.clara.blasco@uv.es

Resumen

El consentimiento informado en la minoría de edad está regulado en la legislación relativa a la autonomía de la voluntad del paciente, la cual, introduce la figura del menor maduro. Ahora bien, el tenor de la norma ha suscitado diversas interpretaciones entorno a la prestación del consentimiento informado, lo que conlleva a plantearse la siguiente cuestión: ¿A quién le corresponde la toma de decisión?. Para dar respuesta a esta pregunta, el artículo aborda el marco jurídico del consentimiento informado diferenciando dos situaciones con base en la legislación vigente. En primer lugar, la capacidad del niño para decidir en este área. En segundo lugar, la competencia de los representantes legales y en consecuencia, las pautas que deben seguir en su actuación.

Palabras clave: autonomía del paciente; consentimiento informado; menor maduro; representación legal.

Abstract

The informed consent of the minor is regulated by the legislation relating to the autonomy of the will and choice of the patient, which includes the figure of the mature minor. Having said that, if the legislation is taken into consideration in a literal way, the following question has to be considered: Whose is the responsibility to take the decision? To answer this question, and based on the current legislation, this paper presents the legal framework of the informed consent by differentiating two possible situations. Firstly, the capacity of the minor to make his own decision. Secondly, the actual competence of his legal representatives. In such case, the actuation procedure may be established.

Keywords: autonomy of the patient; informed consent; maturity minor; legal representation.

Índice

1. Consideraciones previas sobre la autonomía del paciente.
2. Marco jurídico del consentimiento informado en el período de la minoría de edad.
3. La capacidad del menor en la toma de decisiones sanitarias autónomas.
4. El consentimiento informado en representación. Pautas para el ejercicio de la representación del menor.
5. A modo de conclusión.
6. Referencias bibliográficas.

1. Consideraciones previas sobre la autonomía del paciente

En el marco de la relación clínica se han desarrollado distintos instrumentos que velan por el respeto de la autonomía de la voluntad del paciente. Concretamente, desde la perspectiva de la ética biomédica se han configurado cuatro principios que orientan las decisiones de las personas en el área de la bioética principialista. Los principios son: no maleficencia, justicia, beneficencia y autonomía¹. Por su parte, desde la perspectiva jurídica, en España, la 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 (en adelante LAP) reconoce, entre otros, el consentimiento informado como un mecanismo de protección que legitima las actuaciones clínicas y en este sentido, garantiza la autonomía del paciente.

Al aludir a la autonomía se hace referencia a una cuestión amplia y de gran complejidad puesto que se trata de una noción que no sólo incumbe a las diversas ramas del Derecho sino que además, el término ha sido desarrollado por los teóricos desde la perspectiva de distintas implicaciones y enfoques². Así pues, ante un panorama tan amplio, cabe señalar que en el seno de la relación clínica, la manifestación de la autonomía no se limita únicamente al derecho a obtener la información sobre el propio proceso sanitario y al consentimiento informado, sino que además, de esta noción se desprende por ejemplo, el derecho del paciente a manifestar de forma anticipada la voluntad sobre un determinado tratamiento a través del documento de instrucciones previas.

Apuntado lo anterior y en una primera aproximación al término, se puede afirmar que la noción atañe al carácter autolegislador de las personas. Por ello, el deber de respetar la autodeterminación del individuo supone reconocer a la persona el derecho tanto a decidir, como a elegir, sobre los asuntos que le conciernan³. Concretamente, la institución del consentimiento informado, que es la que se aborda a continuación, legitima las actuaciones sanitarias porque permite al paciente decidir y elegir sobre los aspectos relacionados con su salud, su vida y su integridad personal. De conformidad con esta idea, autonomía significa autogobierno del individuo⁴ y en el marco de la relación clínica se ejercita en todo tratamiento o intervención que se lleve a cabo sobre el propio cuerpo del paciente o usuario del servicio sanitario.

Así pues, en lo que sigue, se analiza la autodeterminación del paciente menor de edad a través del ejercicio del consentimiento informado que ha sido concebido como garantía del derecho fundamental a la integridad corporal⁵. El objetivo del artículo es examinar la prestación de consentimiento informado a un tratamiento o intervención sobre la salud del menor de edad desde la perspectiva de dos situaciones diferenciadas. De un lado, cuando el niño presenta suficiente capacidad natural para actuar por sí mismo. De otro, cuando el menor no posee suficiente capacidad para actuar de forma autónoma, lo cual, implica la prestación del consentimiento a través de

1 BEAUCHAMP, T.L., CHILDRESS, J.F., *Principles of Biomedical Ethics*, University Press, New York, 2001, pp.58 y ss.

2 BERGSMAN, J., THOMASMA, D.C., *Autonomy and Clinical Medicine. Renewing the Health Professional Relation with the Patient*, Kluwer, Netherlands, 2000, pp. 4 y ss.

3 DE LORA, P., GASCÓN, M., *Bioética. Principios, desafíos, debates*. Alianza Editorial, Madrid, 2009, p.43.

4 VALERIUS, J., "The value of autonomy in medical ethics", *Medicine, Health Care, and Philosophy*, 2006, p. 377.

5 Sentencia del Tribunal Constitucional, 37/2011, de 28 de marzo, FJ5.

representación. Ante esta situación, se trata de determinar las pautas de actuación de los representantes legales del menor.

2. Marco jurídico del consentimiento informado en el período de la minoría de edad

Al llevar a cabo un tratamiento jurídico sobre la minoría de edad en relación a la prestación del consentimiento informado en materia sanitaria, es preciso una mención, siquiera sea sucinta, a la noción de menor. En referencia a esta alusión, hay que tener en cuenta que si bien es cierto que la legislación española menciona al menor, al niño, a la juventud y a la infancia, no es menos cierto que a lo largo del articulado omite una definición de éstas. Lo más aproximado a un concepto de menor, en atención a la normativa vinculante en España, es lo dispuesto en el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, puesto que proclama, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. A tales efectos, es de advertir que el art. 12 de la Constitución Española (en adelante CE) reconoce que “los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”. Y en un sentido similar, el art. 315 del Código Civil (en adelante CC) dice “la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”. Por consiguiente, se considera menor a la persona que tiene una edad inferior a ésta. Pues bien, dado que el ordenamiento jurídico divide la vida de la persona en dos etapas, cabe insistir en que, en adelante, se aborda el consentimiento informado en materia sanitaria durante el período de la minoría de edad, teniendo en cuenta que cuando se alude al menor y al niño, se está haciendo referencia a la persona que tiene una edad inferior a los dieciocho años cumplidos.

Sentado lo cual, hay que tener en cuenta como punto de partida que, en virtud del inciso primero del art. 2.2 de la LAP, “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”. No obstante, para legitimar una actuación de forma personal es necesario que el paciente ostente capacidad de obrar suficiente para decidir por sí mismo.

De acuerdo con este enfoque, por un lado, la legislación sanitaria dispone, en el art. 3 de la LAP, que el consentimiento informado es “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”. Así pues, información y consentimiento son elementos esenciales en la emisión del consentimiento informado válido. Por otro lado, la legislación civil proclama, en el art. 322 CC, “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”. Lo cual significa que, con carácter general, la plena capacidad de obrar se adquiere de forma automática a los dieciocho años, esto es, con la mayoría de edad⁶. No obstante, durante el período de la minoría de edad, el niño no es un sujeto incapaz⁷, sino que muy al contrario, la capacidad de obrar en la infancia se considera limitada⁸. Esto es así porque el

6 Arts. 315 y 322 del Código Civil Español.

7 FREEMAN, M., *The rights and wrongs of children*, Frances Pinter, London, 1983, p.45.

8 Entre otros, JORDANO FRAGA, F., “La capacidad general del menor” *Revista de derecho privado*, 1984, pp. 891 y ss., RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 200 y ss.

ordenamiento jurídico reconoce autonomía al menor de forma progresiva, y ésta viene determinada gradualmente según la edad y la madurez en conexión con la importancia del acto que se va a llevar a cabo⁹.

Esta idea deriva de la interpretación de diversos preceptos, entre ellos, los arts. 154 y 162.1 CC. Y más concretamente, en el marco de la relación clínica, en lo que respecta a las de decisiones sobre la salud, ambas disposiciones deben interpretarse en consonancia con lo dispuesto en los arts. 9.3 y 9.5 de la LAP, que se abordan en adelante.

El citado art. 154 del CC, entre otras facultades, atribuye a quien ejerce la patria potestad el deber de velar por el menor y de actuar en su beneficio de acuerdo con su personalidad. Y el art. 162.1 del CC, exceptúa del ejercicio de la representación legal los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, puedan realizar por sí mismos. De ahí que la legislación civil reconoce a la persona menor de edad, en lo que respecta a los derechos de la personalidad, la posibilidad de actuar cuando ostente capacidad natural suficiente, es decir, aptitud volitiva e intelectual. Esto significa que el ejercicio de los derechos de la personalidad se rige por el criterio de la capacidad natural del titular, esto es, la capacidad para entender y querer el alcance de un determinado acto, por ello, se valoran las condiciones de madurez personal¹⁰. De forma que, como la emisión del consentimiento informado implica el ejercicio de estos derechos, si el niño tiene suficiente capacidad natural para decidir, se le debe permitir que actúe de forma autónoma porque ello contribuye al libre desarrollo de su personalidad. Mientras que, cuando el menor no posea capacidad natural suficiente para prestar el consentimiento por sí mismo, actuarán los representantes legales a favor del interés del menor¹¹.

Al mismo tiempo, en consonancia con esta premisa, el art. 9.3 de la LAP dispone, “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: (...) c) 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 si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. Esta disposición, a su vez, debe ponerse en relación con el art. 9.5 de la misma ley, el cual proclama, “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las 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”.

En este punto, se puede afirmar, en lo que aquí importa, por un lado, que la emisión del consentimiento le corresponde a los representantes legales cuando el niño tenga una edad inferior a los dieciséis y asimismo, no posea capacidad natural para ejercer el derecho de forma autónoma. Por otro, que en los supuestos en los que el menor de dieciséis tenga capacidad natural para decidir, puede tomar decisiones de forma autónoma sin intervención de

9 SANTOS MORÓN, M.J. “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2011, pp. 64 y ss.

10 GARCÍA GARNICA, M.C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen.*, Aranzadi, Navarra, 2004, p.78.

11 DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.310.

los representantes. De manera que en este supuesto, queda excluida la representación en función de la capacidad natural del menor. Así pues, desde este prisma, en lo que sigue, se abordan ambos escenarios.

3. La capacidad del menor en la toma de decisiones sanitarias autónomas

La legislación sanitaria, en virtud del art. 9.3 c. de la LAP, reconoce capacidad legal para decidir de forma autónoma sobre la propia salud, al mayor de dieciséis y al menor emancipado. En otras palabras, el consentimiento de éstos, en ningún caso, se emite a través de representación legal. Sin embargo, con base en lo dispuesto en el mencionado artículo, por debajo de los doce años de edad, hay una presunción de falta de capacidad para decidir de forma autónoma, aunque en este caso, el menor debe ser escuchado¹².

A la vista de lo indicado, el punto controvertido surge en el período de edad comprendido entre los doce y los dieciséis años, puesto que en este intervalo, la norma específica en la materia reconoce la posibilidad de actuación en el ejercicio de los derechos de la personalidad y por ende, en la toma de decisiones personales, siempre que el niño posea suficiente capacidad natural.

Siendo así, cabe anotar tal como indica Santos, que para el ejercicio eficaz de los derechos de la personalidad, basta con que el titular de los mismos presente suficiente capacidad natural, la cual puede ser definida como la capacidad de entendimiento y juicio necesario para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable. Por ello, debe ser valorada caso por caso, en relación a la decisión de que se trate¹³. Desde una perspectiva similar a la expuesta, afirma Sánchez que el niño posee capacidad natural cuando demuestra tener la suficiente aptitud psíquica para la válida prestación del consentimiento necesario en el ejercicio del derecho y las consecuencias que para el ejercicio de su libertad futura tiene la disposición de ese derecho¹⁴. Y precisamente, en términos muy explícitos, el Tribunal Supremo¹⁵ ha declarado que “la capacidad para ejecutar un acto jurídico consiste en poseer la facultad que se concede a las personas, individuales o jurídicas, para exteriorizar su voluntad en las condiciones y con los requisitos que la ley exige para su validez; y si de las personas individuales se trata, tienen la capacidad necesaria todas las que no tienen prohibido o limitado el ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad humana, que se hallen en las condiciones físicas y de inteligencia indispensables para expresar su voluntad de un modo deliberado y consciente”.

12 DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.415., OGANDO DÍAZ, B., GARCÍA PÉREZC., “Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro”, *Pediatría Integral*, núm. 10, 2007, p. 879.

13 SANTOS MORÓN M.J. “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 64 y ss.

14SÁNCHEZ HENÁNDEZ C., “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 956.

15 Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999.

Ahora bien, téngase en cuenta, a la vista de lo expuesto, que la postura indicada es conforme a la interpretación apuntada en estas líneas, aunque frente a esta postura, se han formulado interpretaciones distintas¹⁶. Sin embargo, desde esta perspectiva, la capacidad para ejercer el consentimiento informado no está vinculada estrictamente a la edad. Lo cierto es que la capacidad natural de la persona hace referencia a la facultad de entender y de querer de forma autónoma en cuanto al acto concreto de que se trate y de ello se desprende, pues, que junto con lo indicado anteriormente, la capacidad de juicio es vinculante para prestar el consentimiento de forma libre, consciente y voluntaria. Esto significa que el niño a la hora de autorizar o rechazar una actuación, debe tener conocimiento de la naturaleza y las circunstancias que rodean el acto específico, así como de los efectos y consecuencias que se desprenden de la actuación concreta.

Es así que, en este área, la suficiente madurez comporta la posibilidad de actuar antes del cumplimiento de los dieciséis años de edad. Y de acuerdo con ello, la capacidad natural de la persona es un presupuesto determinante a la hora de valorar la posibilidad de actuación. En este sentido, no sólo se tiene en cuenta una edad rígida como criterio objetivo, sino que además se tiene en cuenta otras variables, tales como, la ya mencionada madurez personal, en relación con cada acto sobre la salud del niño.

El reconocimiento legal que introduce la norma sanitaria respecto a la prestación del consentimiento informado del menor de edad pone de manifiesto una inclinación hacia un criterio combinado de edad, madurez e importancia del acto. En este sentido, se concede una postura activa al niño a través del derecho a consentir autónomamente desde los dieciséis años de edad y al ampliar la posibilidad de prestación de consentimiento, en atención, al grado de discernimiento de la persona. De manera que, en observancia a la continua y progresiva adquisición de madurez personal se posibilita la actuación individual. Esto se corresponde a su vez, con la voluntad del legislador de conciliar, a través del derecho positivo, protección y autonomía en la minoría de edad. Así, conforme a lo puesto de manifiesto, el menor de edad, mayor de dieciséis años y el menor emancipado, pueden prestar consentimiento, no sólo por el criterio de suficiencia de capacidad natural de obrar en los actos relativos a los derechos de la personalidad sino porque la norma reconoce que tiene capacidad legal. Asimismo, se admite la posibilidad de prestar igualmente consentimiento al menor de dieciséis, pero con una edad superior a los doce, cuando posea suficiente capacidad natural reconocida por el profesional.

Una vez identificado cuándo debe entenderse que el menor de edad posee madurez, interesa determinar a quién corresponde establecer que, ciertamente, un niño posee capacidad natural para consentir una actuación. Entorno a esta cuestión, la doctrina comparte la opinión de que al tratarse de decisiones que conciernen a la salud, la persona apropiada a la hora de determinar estas condiciones es el profesional sanitario que atienda al niño en cada supuesto¹⁷ y en caso de dudas, la valoración final corresponde al Juez con el apoyo del criterio objetivo del facultativo y del Ministerio Fiscal¹⁸.

16 GARCÍA GARNICA, M.C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen.*, Aranzadi, Navarra, 2004, p.78.

17 DE LA VALGOMA, M., *Padres sin derechos, hijos sin deberes. EL laberinto jurídico de la infancia.*, Ariel, Barcelona, 2013, p.125., DOMINGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p.295.

18 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ C., "Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad" en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 963 y ss.,

4. El consentimiento informado en representación. Pautas para el ejercicio de la representación del menor

El consentimiento informado en representación, se ejerce en los supuestos en los que el niño no ha cumplido la edad indicada por la norma y no tiene capacidad natural suficiente para decidir por sí mismo sobre su salud. De ahí que, a continuación, se abordan unas pautas aplicables al ejercicio de la representación, puesto que en cualquier caso, debe ser prestado con base en unos parámetros mínimos que progresivamente han sido determinados por el derecho positivo con la finalidad de proteger al niño.

A raíz de lo anterior, el consentimiento por quien ejerce la representación legal con carácter general y la patria potestad en particular, tiene que ser emitido, en primer lugar, en virtud del deber de velar por el menor. Y dicho deber, en segundo lugar, tiene que ser ejercido a favor del interés superior del niño. Ambas directrices, desde el punto de vista jurídico, están configuradas en la normativa española. Ello se advierte en el art 39.3 de la CE, al reconocer que el deber de asistencia de los hijos menores de edad recae sobre los padres. Y en el art. 154 CC, al afirmar que la patria potestad debe ser ejercida siempre en beneficio de los hijos, lo cual comprende, entre otros, el deber de velar por ellos. Además, siguiendo esta orientación, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM), afirma en el inciso primero del art. 2 que en aplicación de la norma primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir. Y con más precisión, el art. 9.5 LAP proclama, “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las 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”.

Así pues, de conformidad con ambas pautas, es de advertir dos puntos, de los cuales se desprende el reconocimiento de una participación progresiva del menor de edad. Es así que, en tercer lugar, en todo asunto que afecte a los intereses del niño, éste tiene derecho a expresar su opinión y a ser escuchado¹⁹, por consiguiente, tiene derecho a ser informado sobre su situación en aras de poder manifestar su postura²⁰. Por lo que respecta al ámbito legal, ambas directrices, están proclamadas en la LOPJM. En cuanto al derecho del niño a ser escuchado, el inciso primero del art. 9 reconoce en los siguientes términos “el menor tiene derecho a ser oído”. Y a su vez, el art. 4 de la misma norma afirma, “Los menores tiene derecho a buscar recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo”.

Bajo estas circunstancias, la información transmitida debe ser clara y accesible en función de la edad y la madurez para que el niño pueda formarse una visión propia sobre su situación y aportar así su punto de vista. De esta forma, a pesar de las diferencias evidentes en la madurez de las personas según la edad, el niño debe ser informado y con base en lo anterior, se presentarán distintos niveles de participación y consulta en el caso concreto.

SANTOS MORÓN M.J. “Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 64 y ss.

19 Entre otros, art. 12 de la Convención de Derechos del Niño de 1989 y art.9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

20 Entre otros, art. 17 de la Convención de Derechos del Niño de 1989 y art. 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Siendo así, los menores tienen derecho a participar en la toma de decisiones sobre la propia salud, no obstante, como se ha indicado, los niveles de participación del niño van a variar en atención al caso. Ahora bien, sin duda, la inclusión efectiva de la opinión de los niños va depender en gran medida de la actitud adoptada por los sujetos que intervienen en los procesos de decisión²¹.

A propósito de lo indicado, el Comité de los Derechos del Niño a través de al menos tres Observaciones Generales²² recomienda a los Estados la conveniencia de no imponer ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y asimismo, al derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que le afectan²³. De ahí la importancia de crear un entorno basado en la confianza, puesto que la salud y el desarrollo de los adolescentes, están condicionados por el entorno que les rodea. En coherencia con ello, el Comité insiste en que, antes de que los padres den su consentimiento, es necesario que el menor de edad tenga la oportunidad de opinar y que estas opiniones sean tenidas en cuenta debidamente²⁴. En consecuencia, ha determinado igualmente que en todas las medidas o decisiones que afecten al niño, se debe considerar de manera primordial su interés superior. A tales efectos, el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, se alcanza, entre otras, partiendo de dos premisas: escuchar la opinión del niño en cuanto a la actuación de que se trate y respetar el interés del menor en función de las necesidades del niño en toda decisión²⁵.

Ahora bien, encontrar un equilibrio entre el interés superior del menor y tener debidamente en cuenta las opiniones de los niños puede presentar sus dificultades dado que existe la posibilidad de que se trate de dos compromisos de difícil armonización. En la práctica, la opinión y el mejor interés pueden no ser coincidentes. Por ello, la consideración de las opiniones del menor debe ser proporcional a la madurez y a la edad. En cambio, en lo que respecta al interés superior del niño, éste será considerado en atención a los riesgos y beneficios que conlleve el acto sanitario a practicar. Así pues, el principio cumple una doble función, actuando como guía y a su vez, como límite de la actuación de los representantes legales²⁶.

Sentado lo cual y en referencia directa con el consentimiento informado en representación del menor, cabe recordar que en la toma de decisión no sólo interviene quien ejerce la patria potestad, sino que además intervienen

21 KRAPPMANN, L., "The weight of the child's view (Art 12 of the Convention on the Rights of the Child)", *The International Journal of Children's Rights*, Vol 18, 2010, p.512-513

22 Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño., CRC/GC/2003/4, Julio 2003., Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº15 (2013), Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud., CRC/C/GC/12., 20 de julio de 2009., Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial., CRC/C/GC/14., 29 de mayo de 2013.

23 Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial., CRC/C/GC/14., 29 de mayo de 2013.

24 Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño., CRC/GC/2003/4, Julio 2003.

25 Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº15 (2013), Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud., CRC/C/GC/12., 20 de julio de 2009.

26 MASON POPE, T., "The best Interest Standard: Both Guide and Limit to Medical Decision Making on Behalf of Incapacitated Patients", *The Journal of Clinical Ethics*, 2011, p.135.

los facultativos²⁷. Así, tanto los representantes legales como los profesionales de la salud influyen en el proceso decisorio y por lo tanto, presentan un peso en las actuaciones. Es por ello que las pautas indicadas deben ser asumidas por ambas partes. Y esto implica que los facultativos, con base en factores médicos y en la evidencia científica, tienen la responsabilidad de salvaguardar la salud de la persona. Así pues, por un lado, deben velar por el interés superior del niño y por otro, tienen tanto que informarle sobre la situación, como escucharle y tener en cuenta su opinión en el proceso decisorio.

5. A modo de conclusión

En líneas generales y teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar en síntesis que, en esta área, el menor emancipado y el menor, mayor de dieciséis, tienen reconocida capacidad legal para decidir. En cuanto al menor de dieciséis con suficiente madurez, puede actuar de forma autónoma en atención al acto. Esto es así con base en la capacidad natural del niño. Sin embargo, cuando no posea suficiente capacidad natural actuarán los representantes legales. Asimismo, las pautas a seguir por los representantes son las que siguen; En el proceso de toma de decisiones, cuando una determinada actuación beneficie de forma objetiva el estado de salud del menor, los representantes deben aceptarla a favor de su interés. En caso contrario, cuando la susodicha actuación conlleve más riesgos que beneficios para el niño debe ser rechazada como medida de protección y garantía de los derechos del menor. A pesar de ello, en los supuestos en los que se manifiesten discrepancias insalvables entre los representantes y los profesionales de la salud, e incluso entre los representante legales entre sí, lo conveniente es acudir, en todo caso, a la autoridad judicial. Básicamente, los representantes legales deben velar por su interés y actuar como garantes del niño y asimismo, el niño tiene derecho opinar y debe ser escuchado, para ello, como es lógico, será informado del proceso de forma clara y adecuada. Dicho esto, cabe anotar si bien es cierto que el menor de doce años de edad se presume que no tiene suficiente madurez para decidir, no es menos cierto que tiene reconocido el ejercicio del derecho dar su opinión y ser escuchado y por ende, debe ser en cualquier caso informado sobre su cuadro clínico.

6. Referencias bibliográficas

- ◆ BEAUCHAMP, T.L., CHILDRESS, J.F., *Principles of Biomedical Ethics*, University Press, New York, 2001.
- ◆ BERGSMAN, J., THOMASMA, D.C., *Autonomy and Clinical Medicine. Renewing the Health Professional Relation with the Patient*, Kluwer, Netherlands, 2000.
- ◆ DE LA VALGOMA, M., *Padres sin derechos, hijos sin deberes. EL laberinto jurídico de la infancia.*, Ariel, Barcelona, 2013.

27 ELLISTON, S., *The best interests of the child in healthcare*, Routledge-Cavendish, New York, 2007, p. 18.

- ◆ DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ◆ DE LORA, P., GASCÓN, M., *Bioética. Principios, desafíos, debates*. Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- ◆ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- ◆ ELLISTON, S., *The best interests of the child in healthcare*, Routledge-Cavendish, New York, 2007.
- ◆ FREEMAN, M., *The rights and wrongs of children*, France Pinter, London, 1983.
- ◆ GARCÍA GARNICA, M.C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- ◆ JORDANO FRAGA, F., "La capacidad general del menor" *Revista de derecho privado*, 1984.
- ◆ KRAPPMANN, L., "The weight of the child's view (Art 12 of the Convention on the Rights of the Child)", *The International Journal of Children's Rights*, 2010.
- ◆ MASON POPE, T., "The best Interest Standard: Both Guide and Limit to Medical Decision Making on Behalf of Incapacitated Patients", *The Journal of Clinical Ethics*, 2011.
- ◆ OGANDO DÍAZ, B., GARCÍA PÉREZ, C., "Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro", *Pediatría Integral*, núm. 10, 2007, p. 879.
- ◆ PARKES, A., *Children and international human rights law: the right of the child to be Heard*, Routledge, London, 2013.
- ◆ RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.
- ◆ SÁNCHEZ HENÁNDEZ C., "Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad" en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- ◆ SANTOS MORÓN M.J. "Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011.
- ◆ VALERIUS, J., "The value of autonomy in medical ethics", *Medicine, Health Care, and Philosophy*, 2006.

Fecha de recepción: 10 de diciembre de 2014

Fecha de aceptación: 19 de julio de 2015