



DOCUMENTO ANALIZADO

Circular 1/2012, de 3 de octubre, 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.

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Excepción del ámbito de representación de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad: art. 162 CC

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva: art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor

Consentimiento informado: Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: art. 9.3 c)

art. 158 CC

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

La Ley de Autonomía del Paciente es reformada en la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia incorporando los criterios recogidos en 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 caso de riesgo grave. Esta Circular postula en sus conclusiones la necesaria introducción del criterio subjetivo de madurez del menor junto al objetivo, basado en la edad. Este criterio mixto es asumido en el texto legal.

Se introduce, para mayor claridad, un nuevo apartado 4 en el artículo 9 referido a los menores emancipados o mayores de 16 años en relación a los cuales no cabe otorgar el consentimiento por representación, salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud.

Por otra parte, se añade a ese artículo 9 un apartado 6 en el que se establece que en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, la decisión debe adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, y en caso contrario deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente.

El apartado tercero del art 9 de la Ley de Autonomía del Paciente queda redactado del siguiente modo:

«3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

- 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. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán 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.

- 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

- 4. 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.

- 5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

- 6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo

siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

- 7. 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. 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.»

FICHA ELABORADA POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA FGE

TEXTO DEL DOCUMENTO ANALIZADO

CIRCULAR 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.

I. Introducción II. Marco jurídico II.1 Ámbito general II.2 Especialidades en relación con los menores de edad II. 3 Determinación de la madurez del menor III.- Conflictos de intereses ante transfusiones de sangre y otras intervenciones sanitarias de grave riesgo sobre menores de edad III.1 Criterios generales III.2 Referencia a los Testigos de Jehová IV. Competencia judicial y legitimación del Fiscal. V. Pautas para la solución de determinados conflictos de intereses. VI. Aspectos procesales VII. Organización interna VIII. Comunicaciones interorgánicas IX.- Conclusiones

I. Introducción

Los conflictos que pueden generarse en clínicas y hospitales cuando los facultativos consideran necesario practicar a un menor de edad una transfusión de sangre u otra intervención médica en situación de "riesgo grave" y el menor, sus representantes legales o unos y otro se oponen, además de ser de por sí jurídicamente complejos, suponer la afectación de derechos fundamentales y venir acompañados de un fuerte componente emocional, exigen una resolución urgente.

Si a estos perfiles se une el hecho de que el marco jurídico para resolver estos conflictos no es lo suficientemente claro, la necesidad de contar con unas pautas generales interpretativas se toma imprescindible.

La labor exegética orientada a iluminar esas zonas oscuras debe necesariamente inspirarse desde el punto de vista sustantivo en el principio

del superior interés del menor. Desde el punto de vista procesal será el principio de celeridad el que proporcione asideros, partiendo de que en la mayoría de estos supuestos, a la vista de los bienes jurídicos afectados, la decisión no admite ningún tipo de dilación.

II. Marco jurídico

II. 1 Ámbito general

La generalización de la exigencia de que cualquier tratamiento o intervención médica cuente con una información previa y comprensible de su naturaleza, sus riesgos y sus beneficios y la atribución de la capacidad de decisión última sobre su realización al enfermo, constituye una manifestación del principio de autonomía. Su efectividad en este ámbito comporta una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo

que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC nº 154/2002, de 18 de julio).

Por esa razón, se ha afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que ello se haga al amparo de una justificación constitucional (SSTC nº 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio, y 37/2001 de 28 de abril).

Por su parte, el TS en SSTS nº 3/2001 de 12 de enero y 447/2001 de 11 de mayo, ambas de la Sala Primera, ha manifestado que “..el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”.

Pero obviamente no se trata de un derecho ilimitado. Los límites se reconocen en el mismo instrumento que consagra a nivel internacional éste y otros derechos en el ámbito sanitario, el Convenio suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina (ratificado por España en 1999 y en vigor desde el 1 de enero de 2000). Su texto, tras proclamar la regla general sobre el consentimiento informado en el art. 5, establece ciertas excepciones en razón de la protección de los menores de edad y de quienes carecen de capacidad para expresarlo (arts. 6 y 7), o en razón de la necesidad derivada de situaciones de urgencia y el respeto a los deseos expresados con anterioridad por el paciente (arts. 8 y 9), y señala también otras posibles restricciones al ejercicio de estos derechos siempre que estén previstas por la ley y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, fundadas, entre otras razones, en la protección de la salud pública o de los derechos y libertades de las demás personas (artículo 26).

II.2 Especialidades en relación con los menores de edad

En todos los países de nuestro entorno, la franja de edad y las restricciones de la capacidad de obrar ligadas a la minoría han variado con el tiempo. Actualmente se considera que los niños tienen, en definitiva, “derecho a asistencia y cuidado especiales” debido a “su falta de madurez física y mental”, y es unánimemente aceptada la edad de 18 años como el momento

de pleno cambio a la vida adulta.

Sin embargo, existen ámbitos de autonomía legalmente reconocida por debajo de esa edad. Así, el art. 162 CC excepciona del ámbito de representación de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

Por derechos de la personalidad hemos de entender aquellos que pretenden garantizar a la persona el goce y respeto de su propia entidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y espirituales. En este contexto, el precepto responde a la idea de que en la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal está normalmente excluida la sustitución del titular, de forma que el representante no puede actuar o su actuación es sólo complementaria. Por consiguiente, los derechos de la personalidad deben ser ejercitados por sus titulares, sin que quepa un consentimiento por representación, siempre que el menor tenga condiciones suficientes de madurez.

Por su parte, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante LOPJM) dispone que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

En el marco civil, existen otros preceptos que evidencian el reconocimiento legal de un progresivo ámbito de capacidad a los menores adolescentes: ad exemplum, el mayor de catorce años puede testar (art. 663.1 CC) o ser testigo en los actos inter vivos (art. 1.246.3 CC); el mayor de dieciséis años puede solicitar la emancipación judicial (art. 320 CC) y ser testigo en el testamento excepcional otorgado en tiempo de epidemia (art. 701 CC) o adquirir la mayoría de edad laboral (art. 6.1. del Estatuto de los Trabajadores); el art. 3.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen atribuye a los menores la capacidad de consentir las intromisiones en tales derechos, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil... ; el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que

se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Protección de Datos de

carácter personal permite a los menores de 14 años prestar por sí mismos su consentimiento para el tratamiento de sus datos.

En relación con esta normativa, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989 y de 14 de mayo de 2010 señalan que “no existe una norma que, de forma expresa, declare la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para actuar por sí mismo; y no cabe derivar esa incapacidad para obrar ni del art. 322 CC en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados”. Más adelante ambas resoluciones añaden que, “...si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1,3 y 5 del Código Civil) y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene con el

debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad”.

En resumen, en el ámbito civil la minoría de edad no es una de las causas de incapacitación del art. 200 CC por lo que ha de ser analizada en cada caso concreto a los efectos de calificar la suficiencia en la prestación del consentimiento en atención a la naturaleza y trascendencia de la decisión y al grado de madurez del disponente.

Este marco no es exclusivo de nuestro ordenamiento sino que obedece a una pauta que rige en el entorno de los países occidentales. En relación con el consentimiento informado, por ejemplo, en el Reino Unido, la 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. La sentencia concluía que la ley no reconoce una regla de autoridad absoluta en materia de potestades parentales hasta una edad determinada, sino que los derechos, deberes y responsabilidades inherentes a la patria potestad y relativos al cuidado de los hijos, están reconocidos en tanto en cuanto sean necesarios para la protección del hijo por lo que ceden ante el derecho de éste de realizar sus propias decisiones cuando alcanza un entendimiento suficiente e inteligencia para decidir.

En este contexto previo, para determinar con carácter general quién puede o debe prestar el consentimiento informado a la práctica de intervenciones médico sanitarias a menores de edad debe considerarse en primer lugar el Convenio de Oviedo que entre las disposiciones ya comentadas contempla de forma específica la situación de los menores de edad.

Su art. 6, apartado segundo, señala que, 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.

El apartado cuarto del mismo precepto añade que el representante, la persona, autoridad o institución indicados en los apartados 2 y 3 recibirán en iguales condiciones la información a que se refiere el art. 5.

Finalmente el apartado quinto dispone que la autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada.

El informe de explicación que el propio Convenio incorpora subraya la exigencia de que la intervención del menor tenga mayor peso en función de su edad y capacidad de comprensión, lo que puede incluso dar lugar a que el consentimiento del menor sea necesario, o suficiente para algunas intervenciones.

También destaca este informe la necesidad de que existan procedimientos adecuados para “los casos en que las decisiones sean contrarias al interés del paciente”.

Con estas pautas generales, el Convenio de Oviedo remite a la legislación nacional en materias como la fijación de la edad para consentir, el tipo de intervenciones en las que cabe el consentimiento autónomo o es necesario sustituirlo y los concretos cauces procesales procedentes para solventar los casos en que las decisiones de los representantes legales fueran contrarias al interés del menor.

En nuestro país, en el marco general expuesto de la capacidad de obrar de los menores de edad, la cuestión ha sido abordada por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), promulgada como consecuencia de la suscripción del citado Convenio de 1997.

El art. 9.3 de esta ley trata de los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación recurriendo a una estructura compleja y a expresiones ambiguas. Se maneja aquí un concepto funcional de la capacidad para consentir, definida en términos negativos, esto es, señalando en primer lugar quiénes deben considerarse incapaces de consentir y cuándo debe sustituirse el consentimiento y a continuación, cuándo no cabe la representación.

El apartado c) del art. 9.3, relativo a los menores de edad dice textualmente: ... (Se otorgará el consentimiento por representación)... 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 tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

El tenor legal hace referencia a cinco posibles situaciones en las que pueden encontrarse los menores: la incapacidad o incapacitación por circunstancias ajenas a la edad; la ausencia de capacidad para comprender el alcance de la intervención propia de la edad; la madurez o capacidad intelectual y emocional suficiente para comprender y consentir la intervención; la emancipación y la mayoría de 16 años sin incapacidad ni incapacitación.

Pero desde el punto de vista de su tratamiento estas cinco situaciones pueden englobarse en dos: Los menores sin capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención. A ellos se alude en la doctrina, siguiendo la nomenclatura consagrada en el Derecho comparado, como "menores no maduros". El texto legal atribuye la capacidad a estos efectos a los mayores de 16 años, pero no presupone expresamente la ausencia de madurez por debajo de esa edad ni fija de forma directa un umbral mínimo de capacidad. Por ello, tratándose de menores de menos de 16 años se impone evaluar en cada caso la posible concurrencia de los parámetros de madurez. Con todo, será difícil apreciarlos en niños de corta edad y así parece reconocerlo indirectamente el mismo precepto al imponer la obligación de oír la opinión del menor en la toma de decisión, sólo si cuenta 12 años.

Lógicamente, a los efectos que aquí se analizan, también se integran en este grupo los menores incapaces por cualquier enfermedad o situación y los incapacitados, cuando tales circunstancias les impidan comprender el alcance la intervención.

En todos estos casos, el consentimiento habrán de prestarlo los representantes legales del menor, con la obligación de oírle siempre que tenga más de 12 años.

En principio, los representantes legales del menor vienen obligados a procurar y por ende, a consentir, los tratamientos e intervenciones necesarios para preservar el derecho a la vida y la salud de los menores.

Así se desprende de su posición de garantes de tales bienes jurídicos en función del deber de velar por ellos que les impone el artículo 154 CC.

En el mismo sentido, el art. 9.5 de la LAP exige que el consentimiento por representación "se otorgue siempre a favor del paciente".

Los menores con capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención o "menores maduros". En esta situación se encuentran siempre los menores de 16 y 17 años que no sean incapaces o estén incapacitados, los menores emancipados y los menores de menos de 16 años cuando, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir.

En estos casos, como regla general, el consentimiento habrá de prestarlo el propio menor.

Respecto de los menores emancipados y mayores de 16 años, el texto legal es tajante: no cabe prestar el consentimiento por representación.

A continuación sin embargo, se desvirtúa tan terminante declaración al introducirse, en proposición adversativa, la modificación del proceso de decisión sobre intervenciones "de grave riesgo". En tales casos, se dice,... los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

La ambigua redacción legal, elude sustraer expresamente al menor del proceso de decisión, pero tal eventualidad aparece implícita en la referencia a una "toma de decisión" en la que se ha de "tener en cuenta" la opinión informada de sus padres.

También se ha eludido la atribución expresa de la decisión correspondiente al médico, aunque sí debe ser éste el que aprecie la situación de grave riesgo y la necesidad de la intervención y el que informe de todo ello a los padres.

Solo queda clara la exclusión de los representantes legales ya que incluso en estos casos, los padres sólo tienen derecho a la información y a la toma en consideración de su opinión. Como presupuesto previo, la aplicación concreta de este régimen legal plantea la necesidad de la determinar correctamente la madurez del menor.

II. 3 Determinación de la madurez del menor

La prestación del consentimiento a la práctica de intervenciones médicas es un proceso complejo en el que intervienen varias personas. El paciente sólo puede ejercer su autonomía para elegir o rechazar las opciones terapéuticas disponibles si el médico le proporciona una completa y comprensible información técnica. Pero no todas las personas están en condiciones intelectuales y emocionales para procesar esa información y decidir en función de ella.

Superados los planteamientos "formal" (la capacidad depende de su previa atribución legal) y "consecuencial" (la capacidad se reconoce a quien toma decisiones razonables), la valoración de la competencia adecuada ha de ajustarse al criterio funcional que mide la concreta capacidad intelectual y emocional para adoptar una determinada decisión. En el contexto del art. 12 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN), el "estar en condiciones de formarse un juicio propio" es el presupuesto para ejercer el derecho a expresar libremente las propias opiniones. Un paso más, el concepto de madurez, implica también cierta razonabilidad y autonomía de tales opiniones.

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General nº 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/CG/12, 20 de julio de 2009), señala que el término "madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño para formarse opinión sobre un tema concreto y para decidir al respecto.

En el ámbito sanitario, el criterio de competencia funcional de los menores de edad ha tomado carta de naturaleza desde la difusión del ya citado caso Gillick hasta el punto de que en la doctrina la capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de una intervención se designa frecuentemente como "Gillick competente".

En nuestro Derecho el artículo 9.3 a) de la LAP, atribuye expresamente la evaluación de la "capacidad de decisión" del paciente al "criterio del médico responsable de la asistencia". Esta atribución de carácter general debe entenderse extensiva al caso de los pacientes menores ya que el art. 9.3 c) no menciona ninguna instancia responsable de la evaluación de la capacidad del menor. A falta de mayor precisión legal, los médicos deben decidir en cada caso con cierta dosis de sentido común.

Sin embargo, puesto que la capacidad de comprensión necesaria para cada intervención médica varía de unos a otros sujetos y en función de la entidad y posibles consecuencias de cada actuación, pueden darse algunas pautas para esta decisión:

La primera es que la capacidad del menor debe ser evaluada siempre a efectos de tomar debidamente en cuenta sus opiniones y de comunicarle la influencia que las mismas tengan en el proceso de decisión. La evaluación deberá verificar si hay, en la persona y caso concreto, una mínima racionalidad de la opinión u opción de forma que el deseo expresado sea congruente con los fines contemplados por quien lo expresa y que éstos sean razonablemente realizables en el marco de su realidad personal.

La segunda es que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo recibido condicionan decisivamente la evolución de la capacidad del menor para formarse una opinión propia. Por ese motivo, se impone siempre una evaluación individualizada – y tanto más exhaustiva cuanto más joven sea el paciente – caso por caso de las opiniones y deseos expresados, y por ende, del grado de madurez de cada menor. Para ello, el propio art. 9.3 c) LAP aporta una orientación inicial cuando se trata de menores de 12 años, al no exigir con carácter general en tales casos la audiencia de los mismos.

La tercera es que debe atenderse a los efectos de la cuestión a decidir en la vida del menor. Cuanto más trascendentes o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será evaluar correctamente la madurez y más rigurosa deberá ser la apreciación de sus presupuestos.

Por último, hay que recordar que la Convención de Derechos del Niño reconoce los derechos y las responsabilidades de los padres o representantes legales de los niños de impartirles dirección y orientación apropiadas pero subraya también que tal reconocimiento tiene por objeto permitir que los niños ejerzan sus derechos con autonomía creciente en función de su edad.

III.- Conflictos de intereses ante transfusiones de sangre y otras intervenciones sanitarias de grave riesgo sobre menores de edad

III.1 Criterios generales

Las pautas que proporcionan las reglas generales sobre capacidad de obrar de menores de edad que se han analizado más arriba y el art. 9 de la LAP servirán para resolver la necesidad de consentimiento informado de cualquier intervención médico-sanitaria común cuando los factores de riesgo o daño para los intereses del menor están ausentes o no son graves.

Pero pueden surgir conflictos de intereses cuando los facultativos aprecian la necesidad de una concreta intervención cuya omisión pueda generar grave riesgo para el paciente menor de edad y éste, sus representantes o uno y otros niegan el consentimiento. 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.

Estas situaciones excepcionales de máximo conflicto por la gravedad de los riesgos y la importancia de los bienes jurídicos en juego, han de superarse priorizando el interés superior del menor y paciente sobre la voluntad expresada por el mismo o en su caso, por sus representantes legales.

Aunque esta solución no está expresamente contemplada en el art. 9.3 c) de la LAP, se desprende de una interpretación armónica de este texto legal en relación con la LOPJM y con otras disposiciones relativas a la vida y salud de menores de edad.

El principio del "interés del paciente" viene consagrado en los arts. 6 y 9.5 del Convenio de Oviedo. El primero de ellos señala que 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, y que esta autorización podrá ser retirada en cualquier momento en interés de la persona afectada. El segundo de estos preceptos indica que el consentimiento por representación sólo podrá otorgarse en beneficio del paciente.

En su formulación genérica, el interés del paciente coincide con el interés superior del menor. Este último sirve de pauta para la resolución de estos conflictos porque el ya citado art. 2 LOPJM lo introduce de forma expresa como principio rector en la aplicación de la ley estableciendo que primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

La concreción práctica del concepto jurídico indeterminado de "interés del menor" no siempre es fácil para el intérprete general de las normas ni para su aplicador en el caso concreto, pero la Sala Primera del Tribunal Supremo, siguiendo el ejemplo del art. 9 de la Children Act británica de 1985 y como alternativa al recurso legal a la cláusula general, viene aportando en sus resoluciones desde la STS nº 565/2009 de 31 de julio, una serie de criterios, máximas de experiencia, medios o procedimientos para orientar la determinación del interés del menor y paralelamente, su concreción en el caso concreto. Se señala así que el interés del menor se identifica en primer lugar con: - 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”.

La oscuridad de la dicción legal del art. 9.3 c) en este punto queda compensada por la claridad con la que el legislador establece la irrelevancia del consentimiento del menor edad, sea o no maduro para decidir determinadas intervenciones médicas que pueden comprometer de forma importante su salud o tener consecuencias irreversibles. En este sentido, cabe recordar varias disposiciones legales:

El art. 143 CP niega la validez del consentimiento de los menores de 18 años para configurar el subtipo atenuado de auxilio al suicidio en casos de “eutanasia directa”.

El art. 156 del Código Penal niega relevancia al consentimiento de cualquier menor de edad para excluir la antijuricidad de las lesiones en materia de trasplantes, cirugía transexual y esterilizaciones.

El art. 4 de la Ley 30/1979 sobre trasplantes de órganos, en relación con el 155 del CP, prohíbe a los menores de edad, en todo caso, la donación de órganos.

El art. 7 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre sobre normas de calidad y seguridad para la donación, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, prohíbe la extracción de células y tejidos humanos a menores de cualquier edad, salvo determinados supuestos excepcionales y expresamente recogidos.

El art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de reproducción asistida en relación con el 161 CP prohíbe también la aplicación de estas técnicas a personas menores de edad. En general, el art. 6.1 del Convenio de Oviedo excluye la posibilidad de aplicar a menores de edad, aun con consentimiento informado, cualquier tratamiento médico que no redunde en el beneficio directo del paciente.

La irrelevancia legalmente establecida del consentimiento en relación con estos tratamientos e intervenciones –sólo justificada en el interés superior que representan los derechos a la vida y la salud– obliga a descartar con mayor motivo la voluntad del menor, incluso el menor maduro y el mayor de 16 años respecto del rechazo de tratamientos médicos de carácter vital.

Se impone establecer un equilibrio entre el respeto debido a la autonomía del paciente menor de edad, a la patria potestad, y la protección de la vida e integridad individuales. Puesto que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Sólo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto.

III.2 Referencia a los Testigos de Jehová

La doctrina de los Testigos de Jehová tiene la consideración legal de confesión religiosa, con personalidad jurídica propia reconocida en el ordenamiento jurídico español desde su inscripción en 1970 en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia (nº 204-SG/A, 10 de julio de 1970).

La negativa de los miembros de esta confesión a la transfusión de sangre se funda en una interpretación literal de varios pasajes bíblicos según la cual, la prohibición del consumo de sangre no es una simple restricción dietética sino un serio requisito moral aplicable tanto a la vía oral como a la intravenosa o a cualquier otra y se extiende al uso de derivados sanguíneos y sangre que haya sido separada del cuerpo durante un período de tiempo. Por ello, son muchos los centros hospitalarios que disponen de formularios específicos de consentimiento informado para pacientes que rechazan la administración de sangre y hemoderivados.

Tanto la aceptación de la transfusión como el rechazo al tratamiento deberá constar por escrito, como exige la ley, y la firma del consentimiento deberá realizarse de manera que garantice la completa comprensión del paciente o de sus representantes legales de los riesgos que el rechazo de la transfusión comporta, y la autonomía de la decisión de la persona sin coacciones de ningún tipo.

Como en cualquier otra intervención médica comprometida hay que atender a la disponibilidad de alternativas a la transfusión de sangre e informar suficientemente sobre las mismas. El llamado Documento "Sevilla" de consenso sobre alternativas a la transfusión de sangre alogénica (Med. Clin (Barc) 2006), clasifica el grado de recomendación o indicación médica de las alternativas desde "A" (que contaría con estudios controlados) hasta "E" (con estudios no controlados) y termina con la conclusión general de que la mayor parte de las alternativas a la transfusión de sangre alogénica se sustentan en grados de recomendación medios o bajos y que se precisan nuevos estudios controlados.

Con carácter general las alternativas disponibles consisten en la aplicación de sueros sin contenido celular hemático. Su finalidad es básicamente preventiva o se dirige a mejorar el estado general del paciente

con carácter previo a una intervención quirúrgica, pero no permiten el reestablecimiento del contenido y función celular de la sangre, ni son por ende, tratamiento alternativo real y eficaz para garantizar la vida y la salud en casos de hemorragia severa, sea accidental o de cualquier otra índole.

Por ello, el rechazo de la transfusión de sangre planteará siempre un conflicto de intereses entre el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia del paciente y su vida y salud, ya que tal indicación médica se funda en la necesidad de reposición del contenido y función celular de la sangre que falta o se ha perdido.

Han sido tres los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relacionados con los conflictos a que puede dar lugar la negativa del paciente, testigo de Jehová, a recibir una transfusión de sangre. Los dos primeros aunque no se refieren a pacientes menores de edad, ilustran el criterio de nuestro intérprete constitucional.

El ATC nº 369/1984 de 20 de julio analizó y descartó la eventual responsabilidad penal del juez que autorizó la transfusión de sangre a una mujer de esta religión, ya gravemente enferma que rechazaba la intervención en razón de sus creencias, que había demandado tratamiento alternativo y que finalmente, falleció 4 días después de recibir la transfusión ordenada judicialmente. Se señala expresamente que la intervención judicial estuvo amparada por los arts. 3 y 5 de la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio, de libertad religiosa, ya que este derecho, garantizado en el art. 16 de la CE, tiene como límite la salud de las personas.

Posteriormente, la STC nº 166/1996, de 28 de octubre examinó la exigencia de reintegro de los gastos de una clínica particular realizados por uno de los miembros de esta confesión ante la negativa de los médicos de la Seguridad Social a practicar la intervención quirúrgica sin transfusión de sangre. Consideró que la realización de una intervención quirúrgica prescindiendo de un remedio cuya utilización pertenece a la "lex artis" del ejercicio de la profesión médica, sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas del caso, y que las causas ajenas a la medicina, por respetables que sean -como lo eran en este caso-, no pueden interferir o condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica.

Más interesante resulta la STC nº 154/2002 de 18 de julio por estudiar el conflicto de intereses surgido al rechazar la transfusión de sangre un menor de 13 años que, a raíz de un accidente de bicicleta evidenció un síndrome de paracetopenia con gravísimo riesgo hemorrágico en razón de aplasia medular o infiltración leucémica hasta entonces ignoradas y que no pudieron diagnosticarse con precisión. Los padres y el propio niño, testigos de Jehová, se opusieron firmemente a la transfusión de sangre, ante lo que el centro hospitalario, solicitó y obtuvo una autorización judicial, para el caso de riesgo vital. La intervención no pudo realizarse porque el terror con el que el paciente la rechazaba entrañaba también severos riesgos de hemorragia cerebral. En los días sucesivos y tras una peregrinación por centros hospitalarios en busca de soluciones alternativas, el estado del paciente, ya en su domicilio, se hizo tan crítico que, merced a nuevas intervenciones judiciales, acatadas por los padres, se propició la intervención médica y la transfusión, que no pudo ya contrarrestar los signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral ni impedir el fallecimiento.

Frente a la absolución de los padres en la instancia, el TS los condenó por homicidio en comisión por omisión, con atenuante muy cualificada de arrebató y obcecación en función de sus creencias religiosas. El TC sin embargo declaró que tal condena entraña vulneración del derecho a la libertad religiosa.

En relación con los temas que ahora interesan, la STC nº 154/2002 consideró que, aun cuando no hubiera certeza sobre la madurez del menor para decidir sobre una cuestión de trascendencia vital, con su oposición a la intervención médica ejerció los derechos a la libertad religiosa y a la integridad física de los que era titular. Pero señaló también que "...el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que

acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto —como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable”.... Y que “...en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales”, ya que la vida, “en su dimensión objetiva, es ‘un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional’ y ‘supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible’.

Por lo que hace a la actuación judicial en este caso, la misma sentencia sigue declarando que “es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional...Además, es oportuno señalar que...el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.”

También el TEDH se ha pronunciado, siquiera marginalmente, sobre esta cuestión en el caso Hoffmann vs Austria— STEDH de 23 de junio de 1993 - Aprió trato discriminatorio por parte del Tribunal Supremo austríaco en la denegación del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos a la Sra. Hoffmann con base en su condición de Testigo de Jehová y en su eventual negativa a que los hijos recibiesen una transfusión de sangre en caso de precisarla. El TEDH acude a preceptos del Código Civil austríaco para estimar que “la decisión judicial (...) puede suplir el consentimiento de los padres para hacer tal transfusión, médicamente necesaria” y que merced a tal posibilidad de acudir en todo momento a una decisión judicial externa, la actitud de la madre respecto a las transfusiones “no representa un peligro para los hijos”. En definitiva, no se cuestiona en ningún momento la primacía de la vida de los hijos en caso de posible conflicto con la voluntad o creencias de su representante legal.

Estos precedentes jurisprudenciales y el tenor del art. 9.3 de la LAP indican que la solución de los posibles conflictos de intereses cuando están en juego graves riesgos, debe partir de la irrelevancia de la voluntad de los menores de edad, ya expresada por sí mismos o a través de sus representantes legales, cuando su sentido en uno u otro caso, sea contrario a la indicación médica cuya omisión comporte riesgo vital grave para la vida o la salud del paciente menor de edad. Estas situaciones, cuando se produzcan, deberán ponerse en conocimiento de la autoridad competente y resolverse como se dirá más adelante.

IV. Competencia judicial y legitimación del Fiscal.

La LAP de 2002 no especifica expresamente quién ha de resolver los conflictos que se presenten cuando en casos de “riesgo grave” los facultativos entienden que es imprescindible una transfusión de sangre u otra intervención médica urgente y el menor o sus representantes se niegan a prestar el consentimiento.

Sí existen previsiones fragmentarias en la legislación autonómica. Así, derivan la decisión a la autoridad judicial declarando siempre prevalente el derecho a la vida del menor el art. 11.1 d) de la Ley 6/1995, de 28 de marzo de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, el art. 32 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón y el art. 10 de la Ley 17/1998, de 20 de abril de los Derechos y Atención al Menor de Andalucía. El apartado 9 de este artículo establece además el derecho de los menores a recibir los cuidados médicos precisos con el máximo respeto a sus creencias éticas y religiosas, “siempre y cuando éstas no pongan en peligro la vida del menor o la salud pública, en cuyo caso, se atenderán a lo dispuesto por la autoridad y la legislación vigente”.

Por su parte, el art. 6.1 d) de la ley gallega 3/2001, de 28 de mayo (modificada por Ley 3/2005, de 7 de mayo; el art. 9.3 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de derechos e información al Paciente de la Comunidad Valenciana; el art. 51.3 de la 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 remiten a la “autoridad competente en virtud de lo dispuesto por la legislación civil”, en los casos en que la decisión del representante legal del menor sea contraria a los intereses del menor.

Pese a que ciertamente estas regulaciones autonómicas no son un modelo de precisión, cabe concluir que, tratándose de un conflicto intersubjetivo en el que están empeñados derechos fundamentales, es necesario judicializar su resolución.

Pero con carácter general la intervención judicial para casos de conflictos se ampara en las previsiones del art. 158 CC. Este precepto en su nº 4 dispone que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

El Fiscal no sólo está legitimado para promover el procedimiento —como expresamente prevé el art. 158 CC- sino que debe entenderse que su intervención es preceptiva cuando el expediente se inicie de oficio o por otros legitimados. A tales efectos debe recordarse que el art. 124 CE encomienda al Ministerio Fiscal la misión de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados...” y que en concreción de este mandato, el art. 3.7 EOMF dispone que corresponde al Ministerio Fiscal “...intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.” En estos supuestos, los mecanismos ordinarios de representación entran en una crisis cuya resolución exige una intervención pública externa.

Por su parte, la LEC 1881 establece en su art. 1815 (actualmente en vigor) que se oirá precisamente al Ministerio Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad. También el art. 749 de la LEC 2000 establece la preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre menores del título primero del Libro cuarto de la LEC.

V. Conflictos de intereses y pautas para su resolución.

De lo dicho hasta ahora se desprende que en relación con estas intervenciones médicas sobre menores de edad y en función de la voluntad expresada por ellos o sus representantes legales, pueden plantearse diferentes conflictos de intereses. La solución debe analizarse distinguiendo los siguientes supuestos:

- 1) El menor maduro se niega a una transfusión de sangre u otra 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.
- 2) 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. 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.
- 3) El menor maduro presta su consentimiento a la intervención, siendo los representantes legales los que se oponen. En este supuesto no existe un conflicto entre los deseos y opiniones del 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.
- 4) 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.

VI. Aspectos procesales

No existe una norma específica que regule el procedimiento a seguir en los casos en los que el médico, como garante de la salud e integridad del paciente menor de edad, ponga los hechos en conocimiento de la autoridad judicial.

El art. 158 CC in fine, tratando de dotar de la máxima flexibilidad procesal a la tramitación de expedientes en los que se ventilan pretensiones que afectan a intereses esenciales de menores, declara que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

La Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor también dispone que se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan...para adoptar las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil.

Por tanto, cuando no se siga otro procedimiento, habrá de incoarse uno de jurisdicción voluntaria.

La regulación del procedimiento de jurisdicción voluntaria se contiene en los arts. 1811 y siguientes de la LEC de 1881, en vigor conforme a la Disposición Derogatoria Única de la LEC de 2000.

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.

La competencia del Juzgado de Guardia derivaría de la previsión contenida en el art. 42.5 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales que dispone que el Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil así como de las atribuidas a los Jueces Decanos en el art. 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Recordemos que el art. 70 LEC establece que los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable.

El Fiscal debe emitir su dictamen con carácter preferente y urgente, conforme a las previsiones expuestas en este documento. En caso de que se pusieran los hechos directamente en su conocimiento, tras recabar de ser necesario la documentación por el medio más rápido posible, promoverá ante el Juzgado de Guardia la incoación de expediente de jurisdicción voluntaria, fijando en el propio escrito inicial su posición en relación con la intervención. Los médicos no

están legitimados para promover el procedimiento, pero 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.

VII. Organización interna

El apartado III.-4.4) de la Instrucción nº 3/2008, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores encomienda a las Secciones de Menores de las Fiscalías promover medidas urgentes conforme al art. 158 CC para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios y el apartado III.-4.6) les atribuye la función de promover acciones en defensa de los derechos fundamentales de los menores. La intervención en estos asuntos será, en principio, competencia de las Secciones de Menores de las Fiscalías. Ello no obstante, son muy pocas las Fiscalías en las que existe un servicio de guardia de menores con efectiva presencia del Fiscal pudiendo estar su sede muy alejada del Juzgado de Guardia ante el que se plantee el conflicto. Por ello, apelando a las facultades autoorganizativas de cada Fiscalía a las que frecuentemente remite la citada Instrucción, y a la celeridad con que deben ser tratados estos casos, con carácter general la competencia habrá de ser asumida por el Fiscal que atienda la guardia ordinaria, estableciéndose a tal efecto la oportuna coordinación con la Sección de Menores.

VIII. Comunicaciones interorgánicas

Los Sres. Fiscales Jefes trasladarán la presente Circular a los Delegados Provinciales de Sanidad o equivalentes, para su conocimiento y efectos.

IX.- Conclusiones

1º 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.

2º 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.

3º 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.

4º 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 mas respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.

5º 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.

6º 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.

7º 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.

8º En estos supuestos el dictamen del Fiscal debe partir 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 puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte o graves daños para su salud.

9º Cuando no se siga otro procedimiento, habrá de incoarse uno de jurisdicción voluntaria.

10º El Fiscal no sólo está legitimado para promover estos procedimientos, sino que debe entenderse que su intervención es preceptiva cuando el expediente se inicie de oficio o por otros legitimados.

11º 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.

12º El Fiscal debe emitir su dictamen con carácter preferente y urgente, conforme a las previsiones expuestas en este documento. En caso de que se pusieran los hechos directamente en su conocimiento, promoverá ante el Juzgado de Guardia la incoación de expediente de jurisdicción voluntaria.

13º Con carácter general, deberá intervenir en estos supuestos el Fiscal que atienda la guardia ordinaria, estableciéndose a tal efecto la oportuna coordinación con la Sección de Menores de la Fiscalía.

14º Los Sres. Fiscales Jefes trasladarán la presente Circular a los Delegados Provinciales de Sanidad o equivalentes, para su conocimiento y efectos.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán, en lo sucesivo,

a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, 3 de octubre de 2012

