

**LA ACTUAL CONCEPCIÓN DEL CONSENTIMIENTO  
INFORMADO DEL PACIENTE COMO ACTO  
DE EJERCICIO DE SUS DERECHOS  
FUNDAMENTALES. PRINCIPALES  
CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y PRÁCTICAS\***

**MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA**

Profesora Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Granada

**SUMARIO:** 1. RELEVANCIA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO AL ACTO MÉDICO EN GENERAL. 1.1. El consentimiento como elemento legitimador del acto médico. 1.2. El consentimiento como acto de ejercicio de los derechos fundamentales del paciente.— 2. LA CAPACIDAD PARA OTORGAR EL CONSENTIMIENTO AL ACTO MÉDICO. 2.1. La capacidad para otorgar el consentimiento al acto médico en general. El artículo 10 de la Ley General de Sanidad. 2.1.1. El requisito previo de la información. 2.1.2. Legitimación y capacidad para consentir. 2.2. La capacidad y legitimación para otorgar el consentimiento al acto médico cuando el paciente es menor de edad o incapacitado. 2.2.1. Tratamiento de la cuestión en el Derecho estatal y autonómico. 2.2.2. El menor o incapacitado con capacidad natural. 2.2.3. El menor o incapacitado sin capacidad natural.

---

\* Segundo Accésit.

## 1. LA RELEVANCIA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO AL ACTO MÉDICO EN GENERAL

### 1.1. *EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DEL ACTO MÉDICO*

En un primer momento, el consentimiento a la lesión o intromisión en la integridad física de una persona que conlleva la actuación médica, y quirúrgica en particular, adquirió relevancia jurídica como requisito necesario para excluir la antijuridicidad de un acto que, en su defecto, podría dar lugar a responsabilidad penal o civil a cargo de su autor.

Desde este punto de vista, el Derecho penal fue el primero en reconocer la relevancia jurídica del consentimiento del paciente, a fin de excluir la antijuridicidad de la actuación médica. Pues, en la medida en que la actuación curativa a menudo presupone la agresión de la integridad física del paciente, en principio puede tener cabida en diversos tipos penales: ya sea el tipo objetivo de lesiones; ya sea el de coacciones, si el tratamiento o la intervención se impone contra la voluntad de aquél; o incluso el de homicidio, si el resultado negativo de la actividad médico-quirúrgica desemboca en la muerte del paciente.

Frente a ello, el consentimiento del paciente legitima la intervención del médico, excluyendo la antijuridicidad de la conducta tipificada. Sin perjuicio de que, como excepción y a pesar de la ausencia de consentimiento del paciente, la intervención médica practicada por razones de urgencia también pueda resultar legitimada por la causa de justificación del estado de necesidad (*cfr.*, en este sentido, los artículos 20, 155, 156, y 428 del Código Penal).

Siguiendo las pautas marcadas en el ámbito penal, también en el civil tradicionalmente se ha prestado atención al consentimiento al acto médico desde el punto de vista de la responsabilidad del facultativo. Desde esta óptica, el consentimiento del paciente ha ido adquiriendo en las últimas décadas una creciente relevancia en orden a la exclusión de la responsabilidad civil por los daños, secuelas o el resultado negativo de la intervención o el tratamiento médico. Ahora bien, no cualquier consentimiento tiene virtualidad exoneradora, sólo el «consentimiento informado» y sólo en relación al objeto de la información suministrada tiene tal virtualidad. Tal es la importancia de la información suministrada al paciente en orden a determinar el

alcance y la validez del consentimiento al acto médico manifestado por éste, que el Tribunal Supremo ha destacado atinadamente que la obligación de informar al paciente constituye un elemento integrante de la *lex artis*, que no concurrirá cuando el médico no haya cumplido debidamente su deber de informar al paciente de los riesgos de la intervención o no haya recabado su consentimiento para la misma.

Atendida esta eficacia legitimadora del acto médico —aun cuando su resultado sea negativo— que tiene el consentimiento informado del paciente, se ha afirmado que el modelo actualmente imperante de la relación médico-paciente da lugar a un reparto de responsabilidades entre ambos o, si se prefiere, a una responsabilidad compartida. La del médico es la de haber llevado a cabo un buen proceso de información y una buena praxis. La del paciente es la de asumir las consecuencias de su elección, de cuya eventualidad había sido previamente informado<sup>1</sup>.

## **1.2. EL CONSENTIMIENTO COMO ACTO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PACIENTE**

Pero, la relevancia jurídica adquirida por el consentimiento en el ámbito de la actividad sanitaria constituye el reflejo de un fenómeno de calado más hondo. Se observa así que, junto a las anteriores virtualidades, progresivamente se ha ido decantando una mayor sensibilidad y atención al significado último del consentimiento del paciente al acto médico como ejercicio de la autonomía personal y, en definitiva, de sus derechos de la personalidad y fundamentales<sup>2</sup>. De la mano de esta nueva sensibilidad se ha consolidado definitiva-

---

<sup>1</sup> GARCÍA AZNAR, «Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes», *Estudios de Bioética y Derecho*, comp. M.<sup>a</sup> Casado, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 202; PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, *La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, págs. 106 a 108.

<sup>2</sup> En el mismo sentido, *cfr.* MARÍN GÁMEZ, «A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 LGS: la relevancia jurídica del consentimiento informado», *RGD*, 1995, pág. 8238; GALÁN CORTÉS, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Ed. Colex, Madrid, 1997, pág. 20.

mente la evolución de la concepción del paciente como sujeto pasivo de la relación médica, a la del paciente como titular de derechos<sup>3</sup>.

A ello han contribuido diversos factores, que pueden sintetizarse en dos. En primer lugar, la incidencia de la pluralidad ideológica de las sociedades actuales, en la medida en que ésta hace que se tome conciencia de que hechos semejantes pueden ser afrontados de diversa manera por los distintos individuos, sin que exista razón alguna para que las convicciones del médico deban imperar necesariamente sobre las del paciente<sup>4</sup>. Y, en segundo lugar y sobre todo, la toma de conciencia acerca de la verdadera naturaleza jurídica y el fundamento último del consentimiento del paciente al acto médico, como acto de ejercicio del contenido esencial de sus derechos fundamentales consagrados al más alto nivel normativo en la Constitución y en los Textos internacionales sobre Derechos Humanos; ya que la facultad de consentir o rechazar una intervención médica constituye parte del contenido esencial de los derechos a la vida y la integridad física, de un lado, y de la libertad y la dignidad de la persona, de otro<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Como señala PELAYO GONZÁLEZ-TORRE (*op. cit.*, pág. 54): «El estar enfermo y sometido a una relación médica o incluso el estar hospitalizado no puede suponer una limitación de los derechos del enfermo». Asimismo, la STC 15-6-1981 destacó que «también en el ámbito hospitalario son de aplicación los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución» (FJ 5.º).

<sup>4</sup> La inexistencia de un código de valores unívoco en la sociedad actual impone respetar las diferentes convicciones y modelos conforme a los cuales comportarse vitalmente, respetado un mínimo ético común sobre el que se asentará la convivencia (PELAYO, *op. cit.*, págs. 43 y ss.; GARCÍA AZNAR, *op. cit.*, pág. 199). Como señala el último autor citado (*ibidem*, pág. 209), en el contexto de una sociedad plural «el derecho a la vida es un derecho a que no nos la quiten y a que no nos obliguen a vivirla en contra de nuestras creencias si ello no perjudica a terceros y aunque tal decisión no sea acorde con la mayoría de la población» Ese derecho a vivir conforme a las propias creencias, impone en el ámbito médico permitir al paciente expresar su voluntad.

<sup>5</sup> La reciente STC de 18-7-2002 afirma, en relación a la negativa de un menor de trece años de edad a someterse a un tratamiento médico por ser contrario a sus convicciones religiosas, que el consentimiento al acto médico constituye el 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— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)» (FJ 9). Asimismo, lo califica expresamente como «derecho humano fundamental» la STS, S. 1.ª, 12-1-2001. Y, como manifesta-

Esta revalorización o toma de conciencia acerca de la verdadera naturaleza y fundamento del consentimiento al acto médico, como acto de ejercicio de los derechos de la personalidad del paciente o del enfermo, se refleja en la actualidad tanto en normas internacionales<sup>6</sup>, como nacionales<sup>7</sup> y autonómi-

---

ción del derecho a la integridad de la persona, consagra «el consentimiento libre informado de la persona (...) en el marco de la medicina» el art. 3.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza 7-12-2000).

<sup>6</sup> A nivel internacional, el reconocimiento de los derechos de los pacientes como derivación o manifestación en el ámbito concreto de la relación clínico-asistencial de los derechos de la personalidad, fundamentales o humanos (según las distintas terminologías empleadas en los textos normativos), tiene diversas manifestaciones. Entre ellas, cabe destacar el Código de Nuremberg de 1946, la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, promovida en el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud; y, más recientemente, la ya citada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (abreviadamente conocido como Convenio sobre los Derechos del hombre y la Biomedicina), firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997 y en vigor para España desde el 1 de enero de 2000. Este último tiene una singular importancia porque constituye el primer instrumento internacional con carácter jurídicamente vinculante en la materia, dirigido a establecer un marco normativo común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina.

<sup>7</sup> En nuestro Derecho, es el art. 10 de la Ley General de Sanidad de 1986 el que recoge el primer elenco de derechos del paciente. Ya en él, el reconocimiento del derecho al consentimiento informado se encuentra precedido por la consagración del que constituye su razón de ser: el derecho de todo paciente «al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical» (art. 10.1). Pero, sobre todo, asume esta concepción del consentimiento del paciente la Ley reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, aprobada el pasado 31 de octubre; pues, como señala el Diputado FIDALGO FRANCISCO en una de las intervenciones que precedieron a la votación del Proyecto de Ley, este texto legal constituye ante todo «una apuesta por la dignidad», «un paso más guiados por el artículo 10 de la Constitución, que establece en su primer apartado: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social», y todo ello «en consonancia con la filosofía y

cas<sup>8</sup>. Entre ellas, hay que hacer especial mención al Convenio de Derechos Humanos y Bioética firmado en Oviedo en 1997, y en vigor en nuestro país desde el 1 de enero de 2000. Asimismo, resulta espe-

---

postulados del Convenio de Oviedo», al que nos referiremos a continuación (*cf.* BOCG, 31-10-2002).

En el Derecho comparado, la primera Carta de Derechos del Paciente adoptada es la estadounidense de 1971, en la que se consagra la exigencia del consentimiento informado del paciente. Respecto al reconocimiento de este derecho es paradigmático el ordenamiento italiano, que ha consagrado al más alto nivel normativo el derecho a no ser obligado a un tratamiento sanitario salvo previsión legal expresa, que en ningún caso podrá violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana (*cf.* art. 32.2 de su Constitución). Por su parte el art. 16-3 del Código Civil francés (introducido por la Loi 94-653) dispone que no puede atentarse contra la integridad del cuerpo humano más que en caso de necesidad médica para la persona y previo consentimiento de la misma, salvo que por su estado sea preciso llevar a cabo una intervención terapéutica a la que ella misma no pueda consentir.

<sup>8</sup> Por lo que se refiere a la legislación autonómica, se distinguen claramente dos grupos de normas en cuanto al tratamiento de los derechos de la persona usuaria de los servicios sanitarios. De un lado, las normas anteriores a la entrada en vigor del Convenio de Derechos Humanos y Bioética de 1997 citado en la nota 6, que se limitan a parafrasear o remitirse a lo dispuesto en la LGS (*cf.* la Ley foral 10/1990 de Salud de Navarra; la Ley 1/1992 del Servicio de Salud del Principado de Asturias; la Ley 1/1993, 6-4-1993, de Ordenación del Sistema Sanitario de la C.A. de Castilla y León; la Ley 4/1994 de Salud de la Región de Murcia; la Ley 8/1997 de Ordenación Sanitaria de Euskadi; y la Ley 2/1998 de Salud de Andalucía). De otro, las leyes posteriores a la vigencia de dicho Convenio, en las que se constata la toma de conciencia de que los derechos de la personalidad demandan una atención y una tutela específica en el ámbito sanitario, en la medida en que las actuaciones propias del mismo pueden afectar al contenido esencial de muchos de estos derechos (la vida, la integridad física, la intimidad, la libertad personal, ideológica y religiosa, etc.); y en coherencia con ello dedican una creciente atención a los derechos del paciente, y destacadamente al consentimiento informado (*cf.*, en este sentido, la Ley 8/2000 de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha; la Ley 21/2000 sobre los Derechos de Información Concerniente a la Salud y a la Autonomía del Paciente, y a la Documentación Clínica de Cataluña; la Ley 3/2001 reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes de la C.A. de Galicia; la Ley 10/2001 de Salud de Extremadura; la Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de la C.A. de Madrid; la Ley 6/2002 de Salud de Aragón; la Ley 2/2002 de Salud de La Rioja; la Ley 11/2002, sobre los Derechos del Paciente a las Voluntades Anticipadas, a la Información y a la Documentación Clínica de Navarra).

cialmente destacable el hecho de que en el ámbito de la deontología médica el principio de beneficencia, tradicionalmente rector de la misma, se haya visto desplazado por la actual primacía del respeto a la autonomía del paciente<sup>9</sup>.

Pero lo importante es que esta afirmación no tiene una relevancia meramente teórica, sino sobre todo práctica, ya que desde el punto de vista jurídico ello significa que la facultad de consentir o rechazar el acto médico es una facultad personalísima; lo que va a tener gran trascendencia jurídica a la hora de determinar qué personas están capacitadas para prestar válidamente dicho consentimiento y cuáles no; así como quiénes y cuándo podrán prestar el consentimiento por los pacientes incapacitados jurídica o fácticamente para prestarlo por sí mismos. Por tanto, esta cuestión será la que centre en adelante nuestra atención, y ello, con especial consideración al supuesto en que el paciente sea menor de edad o se encuentre incapacitado.

## 2. LA CAPACIDAD PARA OTORGAR EL CONSENTIMIENTO AL ACTO MÉDICO

### 2.1. **LA CAPACIDAD PARA OTORGAR EL CONSENTIMIENTO AL ACTO MÉDICO EN GENERAL. EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY GENERAL DE SANIDAD**

En una primera aproximación al régimen jurídico de la legitimación y la capacidad para prestar o denegar el consentimiento a un acto médico, cabe afirmar que esta cuestión no ha sido aborda-

---

<sup>9</sup> Como manifestaciones de este principio en el Código Deontológico Médico español cabe destacar, en particular, el deber del médico en el ejercicio de su profesión de respetar las convicciones del enfermo o sus allegados, absteniéndose de imponerle las propias (artículo 8.1); el deber de respetar la decisión del paciente, debidamente informado, de no someterse a un examen o tratamiento que el médico considere necesario (artículo 10); y el reconocimiento del derecho del paciente de elegir o cambiar de médico o de centro sanitario (artículo 7). Sólo en caso de urgencia e imposibilidad de obtener el consentimiento del paciente, de su familia o de su representante legal, el médico podrá y deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional (artículo 11.3).

da en nuestro Derecho con la atención que merece, tanto en su calidad de acto de ejercicio de los derechos fundamentales del paciente, como en atención a su indiscutible trascendencia práctica para exonerar al facultativo de eventuales responsabilidades civiles o penales, e incluso administrativas y disciplinarias.

Las normas relativas a algunos actos médicos de especial trascendencia (tales como los trasplantes y los ensayos clínicos) establecen reglas especiales en cuanto a la capacidad y legitimación para consentir su realización, pero la única referencia legislativa de carácter general que encontramos al respecto a nivel estatal es la consagrada en la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986 (en adelante, LGS)<sup>10</sup>. Si bien, en la medida en que el objeto prioritario de esta Ley era acometer la reestructuración, modernización y adecuación a la Constitución de la Administración Pública sanitaria española, se ocupó de una cuestión tan trascendental como el consentimiento al acto médico —que, por otra parte, excedía de sus objetivos prioritarios— de forma meramente accesoria e incidental; sin regularla de forma satisfactoria.

Concretamente, el artículo 10.6 de la LGS se limita a establecer el derecho del paciente «a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso<sup>11</sup>, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención». Como excepción, no será necesario su consentimiento escrito en tres supuestos:

- a) «cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública», lo cual legitima la imposición forzosa del acto médico;
- b) «cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas»; y

---

<sup>10</sup> BOE núm. 101, 29-4-1986.

<sup>11</sup> En caso de que el paciente opte por negarse al tratamiento prescrito por el médico, deberá solicitar el alta voluntaria (artículo 10.9 de la LGS). De negarse a ello, podrá dar el alta la Dirección del correspondiente Centro Sanitario, a instancias del facultativo encargado de su caso (artículo 11.4 de la LGS). Algunas leyes autonómicas puntualizan expresamente que, como es obvio, no procederá dar de alta al paciente cuando haya y acepte un tratamiento alternativo *v. gr.*, art. 4.1.g) de la Ley 6/2002 de Aragón.



- c) «cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento»<sup>12</sup>.

Además, la Ley precisa que este derecho se ostenta tanto cuando la prestación de servicios médicos se lleva a cabo en el marco de una relación jurídico-pública, como de una relación jurídico-privada (artículo 10.15).

### 2.1.1. El requisito previo de la información

Entre los aspectos más significativos del precepto comentado, nos encontramos en primer lugar con su alusión a la libre elección *entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso*. Ello pone de relieve que esta norma concibe el consentimiento al acto médico como «consentimiento informado».

En coherencia con ello, la Ley también consagra el derecho del paciente «a que se le dé *en términos comprensibles*», tanto a él como a sus familiares o allegados, «información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento» (artículo 10.5).

Resulta criticable, sin embargo, la referencia que hace este precepto al deber de informar conjuntamente al paciente y a sus familiares de forma cumulativa; ya que si el paciente se encuentra en condiciones (físicas y psíquicas) para ser informado personalmente, no procederá informar a otra persona sin que medie el expreso con-

---

<sup>12</sup> Esta excepción a la autonomía del paciente es de interpretación restrictiva. Resulta ilustrativa en este sentido la STS 24-5-1995, en la que se estimó la responsabilidad de un médico que practicó a la paciente una ligadura de trompas durante una cesárea, para evitarle los riesgos que le entrañaría un nuevo embarazo, sin el consentimiento de la mujer (que incluso manifestó su oposición antes de la intervención), aunque contando con el del marido obtenido mientras aquélla estaba sedada. Señala el TS que no cabe justificar la omisión del consentimiento de la paciente argumentando la existencia de un riesgo urgente, cuando éste era futuro. Sobre esta sentencia *cfr.* ALONSO PÉREZ, «Responsabilidad civil derivada de una actuación médica arbitraria en el seno de una relación trilateral (a propósito de la Sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995)», *ADC*, 1997, págs. 922 y ss.; y GAVIDIA SÁNCHEZ, en *CCJC*, 1995, núm. 35, págs. 1070 y 1071.

sentimiento de aquél<sup>13</sup>. Lo contrario supondría vulnerar el derecho a la intimidad del paciente y el secreto profesional inherente al ejercicio de la profesión médica. Además, aunque tanto la LGS como el Código Deontológico español aludan genéricamente a «familiares y allegados», con una terminología jurídicamente inapropiada<sup>14</sup>, hay que destacar que si el paciente no está capacitado para recibir personalmente la información relativa a su salud por ser menor de edad o estar incapacitado, su derecho a ser informado deberá ser ejercitado por sus representantes legales (padres o tutores) con preferencia y exclusión de cualquier otra persona; salvo que la urgencia del caso no permita demorar la intervención médica al cumplimiento del deber de información o a la comunicación con estas personas<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Expresamente, así lo disponen algunas normas autonómicas. *V. gr.*, el art. 4.1 g) de la Ley 1/1993 de la C.A. de Castilla y León, así como el art. 4.d) de la Ley 8/2000 de Castilla-La Mancha, matizan que en principio el titular del derecho de información es el propio interesado y sólo cuando sea necesario procederá informar a familiares o allegados del mismo. Más concretamente, la última Ley citada precisa que sólo procederá informar a familiares o allegados del paciente cuando éste sea menor de edad, esté inconsciente o incapacitado (no necesariamente en sentido jurídico, sino también de hecho para ejercitar personalmente ese derecho).

En términos similares, la Ley 21/2000 de Cataluña precisa que el titular del derecho a la información sanitaria es el paciente y sólo se informará a las personas a él vinculadas en la medida en que aquél lo permita expresa o tácitamente —*v. gr.*, cuando asista acompañado a la consulta médica— (art. 3.1) o cuando, a juicio del médico responsable de su asistencia y dado su estado físico o psíquico, no sea competente para entender la información (art. 3.3); y si el paciente estuviera incapacitado (y en este caso la Ley parece pensar en la incapacidad jurídica, no de hecho) se le informará en función de su grado de comprensión, sin perjuicio de tener que informar también a su representante (art. 3.2).

Por su parte, el art. 27 de la Ley 12/2001 de la C.A. de Madrid consagra el derecho a ser informado en términos comprensibles de la propia salud. Sin perjuicio de que en caso de riesgo vital o incapacidad del paciente para tomar decisiones sobre su propia salud se arbitren los mecanismos necesarios y que según las circunstancias se estimen más adecuados para proteger los derechos de cada ciudadano, con respeto en todo caso a su privacidad, y salvada la posibilidad de que el propio paciente requiera que la información sea proporcionada a otras personas.

<sup>14</sup> Téngase en cuenta que estos textos legales han sido obra de técnicos y profesionales de la medicina, y no de juristas.

<sup>15</sup> Con acierto, así lo disponen, *v. gr.*, los arts. 3.2 y 13.3 de la Ley 21/2000 de Cataluña.

### 2.1.2. Legitimación y capacidad para consentir

Por lo que se refiere a la crucial cuestión del legitimado para prestar este consentimiento, hay que destacar que conforme al artículo 10.6 de la LGS reúne esta condición como regla general el propio destinatario de la actividad médica. La Ley no se detiene, sin embargo, en precisar el grado de capacidad que éste debe ostentar para poder emitir válidamente su voluntad, ni delimita con claridad las excepciones a esta regla.

Particularmente ambigua en cuestión tan trascendental resulta la excepción consagrada en su letra b): «cuando (el paciente) *no esté capacitado para tomar decisiones (...)* el derecho corresponderá a sus *familiares o personas a él allegadas*».

Sin ánimo exhaustivo, cabe objetar que no está claro si esta norma se refiere a una incapacidad fáctica o jurídica del paciente para consentir, ni el papel que corresponde a los representantes legales en este supuesto, ni la delimitación de las personas que pueden entrar en la órbita de los legitimados para decidir una intervención médica en la persona de un tercero, ni los criterios a seguir en caso de discrepancias entre varios de los sujetos potencialmente legitimados para tomar esa decisión. Pero, sobre todo, no se precisa el papel de la voluntad del paciente que, a pesar de ser menor de edad o haber sido incapacitado, es capaz de comprender la trascendencia de la intervención médica en cuestión.

El tratamiento de esta cuestión ha experimentado un significativo cambio en los últimos años. El punto de inflexión de ese cambio ha sido, precisamente, la aludida toma de conciencia de la naturaleza de este consentimiento como acto de ejercicio de los derechos fundamentales y de la personalidad del paciente. Ya que mientras con carácter general nuestro Derecho establece que tendrán plena capacidad para actuar válida y eficazmente los mayores de edad no incapacitados, debiendo actuar por las personas que no cumplan estos requisitos sus representantes legales, en relación a los derechos de personalidad rige, sin embargo, una regla diferente, ya que por definición se trata de actos personalísimos y no susceptibles de representación. Concretamente, conforme al artículo 162 del Código civil, *se exceptúan de la representación legal los actos relativos a derechos de la personalidad que el hijo (menor de edad o incapacitado) pueda realizar por sí mismo*. De modo que la regla determinante de esa capacidad del menor o del incapacitado para ejercitar por sí mismo sus

derechos de la personalidad (y, en lo que ahora nos interesa, para emitir personalmente el consentimiento al acto médico) es la *capacidad natural*, entendiendo por tal la capacidad de entender y querer; lo cual deberá apreciarse en cada caso concreto, en función de la gravedad y trascendencia de la decisión a adoptar; así como de las aptitudes del concreto menor o incapacitado.

En todo caso, una vez apreciada ésta en el paciente, no cabrá imponerle un acto médico contra su voluntad mas que en el caso de que la no intervención suponga un riesgo para la salud pública o en caso de urgencia<sup>16</sup>.

Sin embargo, a pesar de que esta regla estaba consagrada con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 1981 (fecha de la actual redacción del referido artículo 162 del Código civil), en la práctica médica española, sólo después de que una norma Internacional (el Convenio de Derechos Humanos y Bioética de 1997) la predicara expresamente con respecto a la capacidad del paciente para consentir el acto médico, se ha comenzado a tomar conciencia de esta circunstancia, advirtiéndose una evolución de la legislación y la práctica española tendente a respetar la voluntad del propio paciente menor de edad o incapacitado con capacidad natural. Pues, lo contrario entrañaría una lesión de sus derechos fundamentales amparable, no sólo por los Tribunales ordinarios, sino por el propio Tribunal Constitucional.

Este cambio se observa de forma especialmente clara en la legislación autonómica. Ya que mientras la legislación anterior a la entra-

---

<sup>16</sup> Cfr. art. 10.6, letra a) de la LGS y la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de Salud Pública (BOE núm. 102, de 29-4-1986), cuya tramitación se desgajó de la anterior a efectos de aprobar por Ley Orgánica la posibilidad de prescindir del consentimiento del paciente, al entenderse —con buen criterio— que se afectaban sus derechos fundamentales. Pero aún en este caso, «no se podrán ordenar medidas (preventivas de riesgos para la salud) obligatorias que conlleven riesgo para la vida» [tal y como lo dispone el art. 28.b) de la LGS], ni que vayan más allá de lo estrictamente necesario (art. 13 de la Ley 6/2002 de Aragón).

A título ilustrativo, admiten con este fundamento prescindir del consentimiento del interesado para explorarle radiológicamente a fin de comprobar que transporta droga en el interior de su cuerpo y, en su caso, adoptar las medidas oportunas para su extracción (administración de laxantes, etc.), las SSTS, S. 2.<sup>a</sup>, 8-4-2000, 5-12-2000 y 13-12-2001.

da en vigor en España del Convenio de Derechos Humanos y Bioética de 1997, al que a continuación haremos referencia, secunda lo dispuesto en la LGS, sin ninguna peculiaridad relevante<sup>17</sup>. Sin embargo, la normativa posterior —salvada alguna excepción— reconoce progresivamente una mayor relevancia a la voluntad del interesado, incluso cuando sea menor de edad o haya sido legalmente incapacitado<sup>18</sup>.

## **2.2. LA CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN PARA OTORGAR EL CONSENTIMIENTO AL ACTO MÉDICO CUANDO EL PACIENTE ES MENOR DE EDAD O INCAPACITADO**

Hechas estas consideraciones generales acerca de la capacidad para consentir el acto médico, pasemos a centrarnos en el supuesto en que el destinatario de la actividad médica es una persona menor de edad o incapacitada, ya que estas hipótesis son las que mayores incertidumbres plantean en la práctica.

---

<sup>17</sup> Cfr. las Leyes 1/1992 de Asturias, 1/1993 de Castilla-León, 4/1994 de Murcia, 8/1997 del País Vasco, 10/2001 de Extremadura y 2/1998 de Andalucía. Con la peculiaridad de que esta última añade la posibilidad de que en defecto de familiares o allegados del menor de edad (o incapacitado), o en caso de que éstos no sean localizados, adopte la decisión la autoridad judicial, no el facultativo (exceptuado, claro está, el caso urgente en el que la intervención no pueda demorarse) art. 6.1 letra ñ) 2.º

<sup>18</sup> De un lado, la Ley 8/2000 de Castilla-La Mancha art. 6 b) y la Ley 3/2001 de Galicia art. 4 k) señalan que aunque por el menor o el incapacitado consentirán sus representantes legales, deberán tomar en consideración la opinión del mismo «en función de su edad y su grado de madurez». Pero, sobre todo, reconocen al propio menor el derecho de prestar por sí mismo el consentimiento informado a partir de los dieciséis años, la Ley 21/2000 de Cataluña art. 7.2 b); la Ley 6/2002 de Aragón art. 14.c); la Ley 2/2002 de La Rioja (art. 6); y la Ley 11/2002 de Navarra art. 8.2 b). Aunque tanto la Ley catalana como la aragonesa excepcionan expresamente «los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, de ensayos clínicos y de práctica de técnicas de reproducción humana asistida», en los que «se estará a lo establecido con carácter general por la legislación civil sobre mayoría de edad, y, si procede, la normativa específica de aplicación».

### 2.2.1. Tratamiento de la cuestión en el Derecho estatal y autonómico

En relación a este supuesto, no encontramos en la legislación estatal especial ninguna regla que resuelva de forma específica y clara quién es el legitimado para prestar el consentimiento. De un lado, la LGS omite toda referencia tanto a los eventuales derechos del menor o incapacitado como a los deberes que en esta hipótesis corresponde asumir a sus representantes legales, sin que resulte satisfactoria para colmar esta laguna —ni desde el punto de vista jurídico, ni desde el punto de vista práctico del facultativo— la imprecisa afirmación de que cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones, lo harán en su lugar *sus familiares o personas a él allegadas*. Tampoco lo dispuesto en el Código Deontológico Médico español resulta satisfactorio, ya que en el ámbito de los derechos de la personalidad no es oportuno deducir de la menor edad o la incapacitación, sin más, la incapacidad de la persona para manifestar su voluntad.

Sí encontramos, sin embargo, alguna alusión a la cuestión que nos ocupa en la legislación autonómica relativa a la protección del menor<sup>19</sup> (siendo extensivas por analogía, *mutatis mutandi*, al incapacitado), así como en la relativa a los derechos de los usuarios de los servicios médicos<sup>20</sup>. Aunque las respuestas no son unánimes, confirmando una vez más la complejidad y la atención que merece el tema.

De un lado, por lo que se refiere al derecho a ser informado del diagnóstico y las medidas sanitarias y tratamientos a seguir, reconocen este derecho al propio menor (debiéndosele comunicar dicha información de forma adecuada a su edad, desarrollo mental, esta-

---

<sup>19</sup> Concretamente, *cfr.* la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía; la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón; la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes de Cataluña; la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha; la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid; y la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia.

<sup>20</sup> Así, la Ley 3/2001 de Galicia art. 4.k); la Ley 8/2000 de Castilla-La Mancha art. 6.b); la Ley 21/2000 de Cataluña art. 7.2 b); la Ley 6/2002 de Aragón art. 14.c); la Ley 2/2002 de La Rioja (art. 6); y la Ley 11/2002 de Navarra.

do afectivo y psicológico), sin hacerlo expresamente extensivo a sus padres o representantes legales, la Ley 3/1999 del Menor de Castilla-La Mancha (art. 16.2) y la Ley 8/1995 de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes de Cataluña [art. 25.2.b)]; aunque sus respectivas leyes en materia de sanidad sí parecen hacer extensivo este derecho a los representantes legales del menor<sup>21</sup>. En esta línea, reconocen expresa y cumulativamente este derecho al menor y a sus representantes legales, la Ley 1/1998 de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía (art. 10.3), la Ley 12/2001 de la infancia y la adolescencia de Aragón [art. 32.2.e), en relación con el 33.e)] y la Ley Foral de Navarra 11/2002, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica<sup>22</sup>. Finalmente, y frente a estas leyes, hay que hacer una mención especial al criterio de la Ley 3/1995 de la Infancia de la Región de Murcia, que supedita el reconocimiento del derecho de los representantes legales del menor a ser informados acerca de la situación y atención sanitaria dispensada a éste a que ello no suponga un atentado contra los derechos fundamentales del menor, y en particular a su intimidad, atendidos su edad, estado afectivo y desarrollo mental

---

<sup>21</sup> El art. 4.1.d) de la Ley 8/2000 de Castilla-La Mancha dispone que serán informados «tanto la persona enferma como, en su caso, sus familiares o personas allegadas, *si aquella fuese menor de edad* (sin distinción alguna en atención a su edad o grado de madurez), estuviese inconsciente o incapacitada mentalmente, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento». Hay que objetar que el tenor de esta norma podría hacer dudar acerca del derecho del propio menor a ser informado, lo cual resulta criticable, sin perjuicio de que la duda quede resuelta por lo dispuesto en la Ley del Menor de esta Comunidad.

Por su parte, la Ley 21/2000 sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente de Cataluña, afirma que «en caso de incapacidad del paciente, éste debe ser informado en función de su grado de comprensión, sin perjuicio de tener que informar también a quien tenga su representación» (art. 3.2). De modo que, a diferencia de la anterior, sí queda claro que el propio menor o incapacitado deberá recibir una información adecuada a sus condiciones de madurez.

<sup>22</sup> El art. 3.2 de esta Ley parafrasea el correlativo de la Ley 21/2000 de Cataluña, por lo que es claro que conforme a este precepto —y aunque cabe hacerle extensivas las objeciones vertidas respecto a aquél— la falta de plena capacidad de obrar no excluye el derecho a ser informado del propio estado de salud, sin perjuicio del deber de informar en este supuesto también a los representantes legales.

(*cfr.* art. 9.3). El resto de normas autonómicas en materia de menores o de derechos del paciente no se pronuncian expresamente sobre este extremo.

En cualquier caso, las discrepancias normativas son aún más significativas con respecto a la legitimación para prestar o denegar el consentimiento al acto médico. La Ley 1/1998 de Andalucía, relativa a los derechos del menor, se ocupa tan sólo de aquellas intervenciones que entrañen un riesgo para su vida, señalando que en este caso se recabará el consentimiento de los padres o tutores en los términos establecidos en la legislación vigente (los cuales, ya hemos comprobado que prácticamente brillan por su ausencia)<sup>23</sup>; y que en el caso de negativa de los padres o tutores primará el interés del niño (art. 10.3 párrafo 3.º). Atendido el tenor de esta norma, queda sin respuesta la pregunta de quién es el legitimado para expresar esta declaración de voluntad en los supuestos en que no está en juego la vida del menor. Al tiempo que en los supuestos en que sí hay riesgo para la vida del menor, no sólo se prescinde por completo de su voluntad, sino que también se permite obviar la decisión adoptada por sus representantes legales cuando se estime contraria a su interés; pero sin precisar cómo ni quién es el competente para llevar a cabo ese juicio de valor y, por tanto, sin garantías ni cautelas; lo cual no resulta satisfactorio. Por último, el artículo 10.9 de esta Ley señala que los menores tendrán derecho a que en su atención sanitaria se respeten sus creencias éticas, religiosas y culturales, así como las de sus progenitores; pero sólo 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 (es de suponer que se refiere a la judicial) y la legislación vigente».

En términos similares a los expuestos, el artículo 11.1 d) de la Ley 6/1995 de la Comunidad Autónoma de Madrid, dispone que «cuan-

---

<sup>23</sup> La Ley 2/1998 de Salud de Andalucía no contiene ninguna previsión específica relativa al consentimiento informado del paciente menor de edad (o incapacitado). Se limita a señalar con carácter general que cuando el paciente «no esté capacitado para tomar decisiones», el consentimiento deberán expresarlo «sus familiares o personas allegadas, y en el caso de no existir éstos, o no ser localizados, corresponderá a la autoridad» art. 6.1.ñ) 2.º; y ello, no resuelve los interrogantes que se plantean en relación al menor de edad o incapacitado con capacidad natural.



do pudiera ser necesario someter a un menor a pruebas para detección o tratamiento de enfermedades, éstas no podrán ser realizadas sin previo consentimiento de sus padres o personas de quien dependa, salvo prescripción facultativa debidamente justificada y así apreciada por la autoridad judicial. En todo caso, primará el derecho a la vida del menor». Al igual que la Ley anteriormente citada, ésta prescinde por completo de la voluntad del menor, al margen de cuál sea su edad o grado de madurez en el caso concreto, y otro tanto ocurre con la Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de esta Comunidad. No obstante, rodea de mayores garantías la posibilidad de que el facultativo lleve a cabo un tratamiento o una intervención contra la voluntad de los representantes legales, al ser preceptivo que así lo autorice la autoridad judicial en atención al interés del menor.

Al igual que las anteriores, la Ley 8/1995 de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes de Cataluña no se refiere a esta cuestión. Tampoco lo hace el Código de familia catalán de 1998 en relación a aquéllos, aunque sí se ocupa de precisar en relación a la persona incapacitada que el tutor necesitará autorización judicial para poder consentir la aplicación a aquélla de «tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en grave peligro su vida o su integridad física o psíquica», salvo que razones de urgencia impidan demorar su práctica hasta la obtención de la referida autorización (art. 219); sin que se comprenda la falta de toda previsión respecto al menor<sup>24</sup>. Aunque esta laguna ha sido colmada en la Ley 21/2000 de esta Comunidad Autónoma, relativa a los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica. En ella se dispone que si los menores de edad no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para

---

<sup>24</sup> Téngase en cuenta que este texto legal consagra expresamente (de forma análoga al art. 162 del Código civil) la exclusión de los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad del ámbito de la representación legal, tanto en el caso de los menores como en el caso de los incapacitados *cfr.* los arts. 155.2 a) y 209.2.a). Asimismo, prevé con carácter general que «el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, *cualquiera que sea su edad*, en una institución adecuada y cerrada requiere autorización judicial previa *si su situación no le permite decidir por sí misma*», y salvo en caso de urgencia médica, en cuyo caso se comprobará la adecuación de la medida por el juez a posteriori (art. 255.1).

comprender el alcance de la eventual intervención sobre su salud, corresponderá prestar el consentimiento a su representante legal, después de haber escuchado su opinión, preceptivamente si es mayor de doce años<sup>25</sup>. En otro caso, y en particular cuando el menor esté emancipado o tenga más de dieciséis años le corresponderá prestar personalmente el consentimiento al acto médico, como regla general<sup>26</sup>.

Esta Ley ha sido la primera en recoger en nuestro ordenamiento jurídico de forma expresa la posibilidad de que el propio menor de edad, a pesar de no estar emancipado, sea el legitimado para consentir o renunciar a ser sometido a un tratamiento o una intervención médica. Ello resulta coherente con lo dispuesto en el Convenio Internacional de Derechos Humanos y Bioética de 1997; así como con lo dispuesto desde 1981 en el artículo 162.2.1.º de nuestro Código civil (aunque haya sido preciso que una norma internacional viniera a recordar a nuestros legisladores estatal y autonómicos el contenido de esta última); y con la doctrina constitucional acerca de la interpretación restrictiva de las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Tras los pasos de esta Ley, así como del Convenio de 1997, también reservan la facultad de prestar el consentimiento informado a la actuación médica a los menores con más de dieciséis años la Ley 6/2002 de Salud de Aragón [art. 14.1.c)], la Ley 2/2002 de Salud de La Rioja [art. 6.1 y 6.4, éste último en relación al menor con menos de esa edad], y la Ley 11/2002, sobre los derechos del paciente, de Navarra [art. 8.2.b)].

---

<sup>25</sup> Sin un límite objetivo de edad, la Ley 3/2001 reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de la C.A. gallega dispone que por el menor prestará en todo caso el consentimiento su representante legal, aunque la opinión de aquél deberá ser oída y tomada en consideración como un factor tanto más determinante según la edad y grado de madurez del menor en cuestión. Además, cuando la decisión del representante legal sea contraria al interés del menor (o incapacitado) —en particular, entiendo que por el facultativo— deberán ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil *cfr.* art. 6, letras b) y c).

<sup>26</sup> *Cfr.* art. 7.1.d).

Por lo que se refiere a la legislación aragonesa, hay que destacar que ya el art. 32.3 de su Ley 12/2001 de la infancia y la adolescencia había dispuesto que debían consentir las pruebas médicas o diagnósticas tanto los representantes legales del menor, como el propio menor cuando fuera mayor de doce años. Aunque en todo caso primaría el derecho a la vida del menor, por lo que en caso de que las personas referidas expresaran su negativa a un tratamiento sanitario debería resolver la autoridad judicial de acuerdo con las circunstancias<sup>27</sup>. Se observa, por tanto, que esta Ley daba mayor relevancia que las demás leyes autonómicas de protección del menor a la voluntad de éste; aunque en lugar de supeditar su intervención a la comprobación en el caso concreto de su grado de madurez para comprender la relevancia de su decisión, optó por el criterio objetivo de exigir su intervención a partir de una determinada edad. Pero, como se ha anticipado, lo dispuesto en esta Ley debe completarse en la actualidad con lo dispuesto en la Ley 6/2002 de Salud, que parafraseando lo dispuesto por el legislador catalán, reconoce al menor con más de dieciséis años la posibilidad de prestar por sí sólo el consentimiento a un acto médico, excepción hecha del aborto, el sometimiento a ensayos clínicos y a técnicas de reproducción asistida, respecto a los cuales remite a su legislación específica.

Advertido el confuso y dispar *statu quo* del tema en el Derecho positivo (estatal y autonómico) vigente, considero que éste sólo puede ser abordado de forma satisfactoria y coherente partiendo de la premisa de que la manifestación o denegación del consentimiento a la intervención médica es uno de los actos que entran en el supuesto de hecho del artículo 162.2.1.º del Código civil. De modo que al precisar quién es el legitimado para expresar el referido consentimiento y qué capacidad o qué cautelas son necesarias para su válida emisión, deben distinguirse dos supuestos, según que el menor o incapacitado tengan o carezcan de «condiciones de madurez» suficientes para decidir por sí mismos.

---

<sup>27</sup> Por la literalidad del precepto, entiendo que la intervención judicial no procede ante cualquier rechazo a un acto médico, sino sólo cuando se refiera a un tratamiento necesario para salvar o, en su caso, prolongar la vida del menor. En los demás casos, creo que deberá primar la voluntad del propio menor y sus representantes legales.

## 2.2.2. El menor o incapacitado con capacidad natural

### a) *Menor o incapacitado con capacidad natural y no imposibilitado para expresar su voluntad*

En caso de que el menor o incapacitado tenga suficiente juicio y no se encuentre imposibilitado de hecho para manifestar su voluntad (por ejemplo, por encontrarse en estado de coma o inconsciencia), hay que partir del principio de que sólo su consentimiento podrá legitimar el acto médico; y su negativa a someterse al mismo, no podrá ser suplida por la voluntad del representante legal<sup>28</sup>. Y ello, porque el acto de autorizar una intervención en la integridad personal es personalísimo<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> En base a estas afirmaciones y a lo dispuesto en el art. 162.2.1.º Cc, no parece de recibo el criterio adoptado en el art. 10.3, párrafo 3.º, de la Ley 1/1998 de la C.A. andaluza; y en el art. 11.1 a) de la Ley 8/1995 de la C.A. de Madrid, al encomendar en todo caso la decisión de someter o no al menor a un acto médico a sus representantes legales, al margen de que el menor tenga o no suficiente madurez y condiciones para expresar su voluntad.

Más acertado resulta, sin embargo, el criterio mantenido en el art. 32.3 de la Ley 2/2001 de la C.A. de Aragón, puesto que a pesar de que en principio también confía la decisión a los representantes legales, exige que los menores con más de doce años concurren a su declaración; y, en particular, la legitimación para decidir por sí mismo que reconocen al menor con más de dieciséis años las Leyes 2/2000 de Cataluña, 6/2002 de Aragón, 2/2002 de La Rioja y 11/2002 de Navarra.

<sup>29</sup> Como señala SANTOS MORÓN (*Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidación e imagen*, Madrid, 2000, pág. 55) «el actuar en protección de la salud no permite al médico sin más (ni a un tercero, cabe añadir) violar la libertad del enfermo. El consentimiento informado, se dice, es un derecho fundamental del paciente».

En atención a ello, en el Derecho comparado existe una tendencia cada vez más generalizada de supeditar la capacidad para consentir un acto médico a la capacidad natural, y no a la capacidad de obrar o al estado civil (*cf.* D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Cernusco, 1983, pág. 178; NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, 1989, págs. 411 ss. y 428 y ss.; AUBY, *Le droit de la santé*, Paris, 1981, pág. 313). Y en nuestro ordenamiento así lo ha puesto de relieve la doctrina penalista mayoritaria (*cf.* BUENO ARÚS, «El consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico y la LGS», *Estudios de Derecho penal y criminología*, I, UNED, Madrid, 1989, pág. 288; JORGE BARREIRO, «La relevancia jurídico-penal del con

Ahora bien, la apreciación de la capacidad natural es una cuestión de hecho que deberá llevarse a cabo en el caso concreto<sup>30</sup>, tanto en atención a las circunstancias personales del menor<sup>31</sup>, como de la clase y trascendencia del acto a enjuiciar<sup>32</sup>. Esta tarea deberá lle-

---

sentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», *Cuadernos de Política criminal*, núm. 16, 1982, pág. 23; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, I, Barcelona, 1981, págs. 314 y ss.; y como regla general, salvada la existencia de excepciones, así lo pone de relieve también, GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos. Su responsabilidad civil y penal*, Barcelona, 1997, págs. 93 y 94).

<sup>30</sup> Aunque algunas leyes autonómicas han fijado con carácter objetivo en los dieciséis años la edad en la que se presume que un menor de edad tiene suficiente juicio para prestar su consentimiento a una intervención médica (*vid. supra*); no todas ellas cierran la posibilidad de que, en el caso concreto, se pueda apreciar que un menor que aún no ha cumplido esa edad reúne las condiciones de madurez suficientes para adoptar por sí sólo tal decisión. En particular, así se deduce *sensu contrario* de la Ley catalana 21/2000 art. 7.2.d) y la 6/2002 de Aragón art. 14.1.c).

En este sentido, FRAGA MANDIÁN y LAMAS MEILÁN [*El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)*, Ed. Rev. Xuridica Galega, 1999, págs. 36 y ss.] entienden *ex art.* 162 del Cc que el consentimiento de los representantes legales es subsidiario, sólo admisible en el caso de que el menor no goce de condiciones de madurez suficientes para expresar su voluntad; y ello, porque la apreciación de capacidad natural no puede ser vinculada a una determinada edad, sino apreciada en el caso concreto.

<sup>31</sup> *V. gr.*, en el caso de un accidente con víctimas mortales, el estado psicológico y emocional de un menor con diecisiete años, y en principio con capacidad natural suficiente para decidir por sí mismo, puede desaconsejar someter a su decisión la práctica de un determinado acto médico. En esta línea, el art. 11.5 del Código Deontológico Médico prevé la posibilidad de que en beneficio del paciente sea inoportuno comunicarle inmediatamente un pronóstico muy grave, «aunque esta actitud debe considerarse excepcional con el fin de salvaguardar el derecho del paciente a decidir sobre su futuro».

<sup>32</sup> Con carácter general, no será igual el nivel de capacidad natural exigible cuando se trate de consentir un acto terapéutico con escasos riesgos, que para consentir un acto terapéutico pero con riesgos de consideración para la vida o la salud del enfermo, así como para actos sin carácter terapéutico, sobre todo si además entrañan riesgos para la vida o la integridad física. En relación a estos dos últimos supuestos será admisible que la Ley refuerce la capacidad necesaria para expresar el consentimiento informado, bien exigiendo la asistencia de terceras personas, bien la plena capacidad de obrar.

varla a cabo, con carácter general y salvo previsión legal expresa, el propio facultativo responsable del tratamiento sanitario<sup>33</sup>, ya que su previa obligación de informar al paciente (lo que deberá hacer en términos comprensibles y adecuados a su edad y demás circunstancias personales)<sup>34</sup> le brindará la oportunidad de comprobar si éste ha comprendido la información suministrada. Es decir, la naturaleza de la intervención prescrita, las alternativas con que cuenta y sus consecuencias, y, en suma, la trascendencia de su decisión. No obstante, para preservar la objetividad de quien evalúa la capacidad del paciente, algunas normas relativas a actos médicos determinados encomiendan esta valoración a un facultativo distinto del que ha de practicar el acto médico en cuestión.

Para facilitar esta labor del médico, en el Derecho anglosajón se proponen diversos tests o protocolos de evaluación de la capacidad del enfermo para consentir el tratamiento médico<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Así se infiere, *v. gr.*, del art. 6.3.a) de la Ley 2/2002 de La Rioja; art. 3.3 de la Ley 11/2002 de Navarra; art. 6.b) de la Ley 3/2001 de Galicia; y el art. 3.2 y 3 de la Ley 21/2000 de Cataluña.

<sup>34</sup> Sobre el contenido y adecuación a la persona concreta de la información que debe suministrar el facultativo, *cfr.* el art. 10.5 de la LGS y la normativa autonómica citada. En particular, art. 22 de la Ley 21/2000 de Cataluña; art. 8 de la Ley 3/2001 de Galicia; art. 27.1 de la Ley 12/2001 de Madrid; art. 8 Ley 6/2002 de Aragón; art. 11 Ley 2/2002 de La Rioja; art. 2.3 de la Ley 11/2002 de Navarra.

<sup>35</sup> Entre los distintos criterios propuestos cabe destacar los siguientes ejemplos: a) el de considerar capaz a aquel paciente que evidencia o está en condiciones de expresar una preferencia en favor o en contra del tratamiento (*evidencing a choice*); b.) considerar capaz al paciente que, tras ser informado, adopta la decisión que una persona razonable habría tomado en sus circunstancias (*reasonable outcome of choice*); c.) considerar capaz a quien, al margen de la opción que adopte, sea capaz de apoyarla en argumentos racionales (*choice based on rational reasons*); d.) el de atender a los resultados de la evaluación de la capacidad intelectual y cognitiva del paciente, a través de técnicas psicométricas (*ability to understand*). A mayor abundamiento, *cfr.* SIMÓN LORDA, «La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y su problemas», *Estudios de Bioética*, Madrid, 1997, págs. 122 y ss. También se hacen eco de la existencia de estos protocolos, GARCÍA AZNAR, *op. cit.*, pág. 208; SANTOS MORÓN, *op. cit.*, págs. 66 y 67.

**b) «Quid» de la posibilidad de imponer tratamientos médicos contra la voluntad del menor o incapacitado con capacidad natural**

La cuestión planteada tradicionalmente se ha abordado en relación a la persona plenamente capaz, así como respecto a la decisión adoptada por los representantes legales en relación a la persona carente de capacidad para decidir por sí misma. Pero, si en cualquier caso es difícil resolverla (al mezclarse con los planteamientos estrictamente jurídicos, otros de orden ético y moral), su dificultad se acrecienta en el caso que nos ocupa. Ya que en relación al menor con capacidad natural, o al incapacitado, a las dificultades generales se añade la exigencia de hallar un equilibrio entre la necesidad de respetar sus derechos fundamentales (en particular, su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad) y el mandato constitucional a los poderes públicos de velar por su protección.

En relación a la persona con plena capacidad de obrar, el criterio adoptado es el de rechazar con carácter general la posibilidad de imponerle un tratamiento sanitario contra su voluntad, por más que sea objetivamente beneficioso o, incluso, indispensable para su salud o su vida. Sólo cuando resulte necesario para proteger la vida y la integridad de terceras personas, o la negativa al tratamiento suponga un riesgo para la salud pública cabrá su imposición forzosa, y aun en este caso, la intervención deberá limitarse a lo estrictamente necesario y no poner en peligro la vida del paciente<sup>36</sup>. También cuando el paciente esté imposibilitado para manifestar su voluntad y no quepa esperar a su obtención de terceras personas por razones de urgencia, la actuación médica dirigida a la salvaguarda de su vida o integridad física estará legitimada<sup>37</sup>; aunque en este caso no se contraría la voluntad del paciente (o, en su caso, del tercero legitimado para consentir por sustitución) sino que se desconoce, por lo que no cabe hablar de imposición forzosa del acto médico en sentido estricto, sino de excepción a la exigencia del previo consentimiento informado.

---

<sup>36</sup> En este sentido, *cf.* art. 28.b) de la LGS; y art. 13 de la Ley 6/2002 de Aragón.

<sup>37</sup> Admiten esta posibilidad, excepcional y de interpretación restrictiva, tanto el art. 10.4.c) de la LGS, como las distintas leyes autonómicas que regulan el consentimiento informado en el ámbito sanitario (*vid. supra*).

La propia LGS establece el derecho a negarse al tratamiento prescrito, sin más carga que la de solicitar —en su caso— el alta voluntaria<sup>38</sup>. También consagra este derecho del paciente y el deber de respeto del mismo por parte del médico el Código español de la Deontología Médica<sup>39</sup>.

En definitiva, aunque nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que del reconocimiento constitucional del derecho a la integridad física y a la vida no puede inferirse, *a contrario*, un derecho a morir o estar enfermo del que se pueda derivar una prestación exigible frente a terceros o los poderes públicos; tampoco cabe imponer al individuo un deber de vivir o de curarse<sup>40</sup>. Consecuentemente, las decisiones del enfermo, aunque no sean razonables desde un punto de vista médico o científico, han de ser respetadas por el facultativo.

En coherencia con ello, la razonabilidad o no de la decisión adoptada tampoco debe ser un factor que condicione la evaluación de la capacidad natural del menor por el médico. Precisamente, en el Derecho anglosajón se rechaza actualmente este criterio, en la medida en que supone imponer unos parámetros o juicios de valor ajenos al individuo. Al tiempo que la razonabilidad de una decisión en este ámbito no debe hacerse depender tan sólo de criterios médicos o científicos. Otros factores subjetivos, pero igualmente legítimos, pueden conformar la decisión del paciente (ya se trate de convicciones

---

<sup>38</sup> Cfr. art. 10.9, en relación con el art. 11.4 de la LGS.

<sup>39</sup> Cfr. arts. 8.1 y 10.

<sup>40</sup> Puntualiza el TC que «la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho». Más concretamente, afirma que la CE «garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular»; la «asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional» (SSTC 27-6-1990, FFJJ 7.º y 8.º; 19-7-1990, FJ 5.º; 17-1-1991, FFJJ 2.º a 4.º).



morales o de la capacidad personal de afrontar la pérdida de un miembro o de una función biológica en pro de un alargamiento de su vida; etc.), y ninguna otra persona está legitimada para sustituir su decisión. Lo importante es que el paciente, sobre todo tratándose de un menor de edad o una persona con sus facultades mentales disminuidas o alteradas, sea capaz de fundamentar racional y libremente su decisión; cumplido lo cual, en principio no cabe imponerle un tratamiento forzoso<sup>41</sup>.

Distinto es que para aquellas decisiones que entrañen especiales riesgos para la vida y la salud del individuo, o que supongan una lesión irreversible de su integridad física (tales como la pérdida de un órgano, de un miembro o de una función biológica) sea pertinente reforzar el nivel de conocimiento y voluntad necesario para su adopción. En relación a esta hipótesis, algunos autores proponen limitar a las personas con plena capacidad de obrar la facultad de decidir en dichos supuestos, negando incluso la admisibilidad de que la voluntad del paciente carente de aquélla sea suplida por la de sus representantes legales. Otros han propuesto establecer una graduación de la capacidad necesaria para consentir los distintos actos médicos, en atención a la edad y circunstancias del paciente, así como de la relación riesgo-beneficio que aquéllos entrañen<sup>42</sup>. Sin embargo, a fin de conjugar el debido respeto a la autonomía y dignidad de la persona con capacidad natural y la protección jurídica que merece quien carece de plena capacidad de obrar, tal vez lo más adecuado no sea restringir tales decisiones a los sujetos con plena capacidad, *a priori* y como regla general (salvo previsión legal expresa), sino exigir que la voluntad del menor o del incapacitado se complete con la asistencia de sus representantes legales<sup>43</sup>. Y, en última

---

<sup>41</sup> Al fin y al cabo, si a los pacientes con plena capacidad de obrar se les reconoce el derecho a rechazar un tratamiento en virtud del respeto debido a la dignidad humana, no se puede negar este derecho *a priori* a quienes tienen capacidad, aunque limitada, sobre la base de que lo más acorde con su interés sea siempre someterse al tratamiento.

<sup>42</sup> Es conocida en este sentido la denominada *Escala móvil de Drane*, en la que se sugieren distintos grados de capacidad en función de la edad y aptitud psíquica del sujeto y la relación beneficio-riesgo de la medida sanitaria a enjuiciar (cfr. SIMÓN LORDA, *op. cit.*, págs 124, 129 y ss.; SANTOS MORÓN, *op. cit.*, pág. 76, n. 239).

<sup>43</sup> Cfr. NANNINI, *op. cit.*, págs. 433 y ss.

instancia, en caso de desacuerdo con la decisión adoptada por el menor o incapacitado, ya sea por parte de los representantes legales o del propio facultativo, competirá a la autoridad judicial adoptar la decisión más acorde con el interés del menor, *ex* artículo 158.3 del Código Civil. Pero en el bien entendido que, presupuesta la capacidad natural del paciente, su «interés» no tiene que corresponderse necesariamente con la decisión más beneficiosa para su vida o su salud, sino que habrán de ponderarse en su determinación otras circunstancias del caso concreto, tales como la edad y el grado de madurez del aquél; sus convicciones éticas, religiosas y culturales; el grado de sufrimiento o la merma de su calidad de vida que entrañará la intervención médica; etc.

***c) Menor o incapacitado con capacidad natural,  
pero imposibilitado para manifestar su voluntad.  
Determinación del legitimado para prestar el consentimiento***

Sólo en el caso de que un menor o incapacitado con capacidad natural suficiente para ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad, se encuentre imposibilitado de hecho para aceptar o rechazar una intervención médica<sup>44</sup>, sus representantes legales deberán adoptar la decisión por él. Al igual que en el caso en que el paciente carezca de capacidad natural, bien por su corta edad, bien por adolecer de una enfermedad o deficiencia que le prive de aquélla.

Aunque la LGS no contenga alusión alguna a los representantes legales (es decir, los padres o los tutores del paciente), conforme a la legislación civil serán éstos, con preferencia a cualquier otra persona, los que deberán ser informados por el médico del diagnóstico, pronóstico, de las alternativas de tratamiento y de los eventuales riesgos que éstos conlleven. Asimismo, serán ellos quienes adoptarán la decisión de someter o no al enfermo a un determinado tratamiento médico. Sólo en defecto de representantes legales y cuando la adopción de la medida sanitaria no pueda demorarse hasta su nombramiento, desempeñarán estas funciones otras personas.

---

<sup>44</sup> Por adolecer de cualquier proceso, psíquico o físico, transitorio o permanente, que determine su incapacidad para comprender o decidir, tales como la depresión severa, la embriaguez o la influencia de drogas, la demencia, el estado de coma, la simple inconsciencia, etc.

En este caso, pueden plantearse dos hipótesis. En primer lugar, si la urgencia del caso impide hallar una persona legitimada para adoptar la decisión por cuenta del enfermo, el propio médico deberá adoptar la opción que considere más adecuada para salvaguardar la salud y la vida de aquél<sup>45</sup>. En otro caso, la LGS (y por ende la mayor parte de las leyes autonómicas)<sup>46</sup> se limita a señalar que la decisión corresponderá «a su familiares o personas a él allegadas». Sin embargo, es criticable la ambigüedad de esta expresión legal, que abre de forma arbitraria el círculo de posibles legitimados para adoptar una decisión relativa a derechos tan importantes como la integridad física y la vida de una tercera persona. Para delimitar su alcance, y a falta de norma legal que precise qué se debe entender por «familiares o allegados» a estos efectos y que determine en caso de concurrencia de personas ligadas con distintos vínculos al enfermo cuál de ellos será preferido (sobre todo si mantienen criterios dispares), deberían aplicarse por analogía los criterios establecidos en los artículos 234 y 235 del Código civil para la delación de la tutela, y así debiera preverse en los protocolos médicos. De modo que en principio será preferido el cónyuge si lo hubiere, en su defecto los padres, la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad y, finalmente un ascendiente o un hermano (con plena capacidad de obrar). Salvada la posibilidad de alterar este orden cuando el beneficio del paciente en cuestión así lo exigiere. En defecto de estas personas, y en todo caso si la actuación médica no debe practicarse con carácter de urgencia, deberá ser la autoridad judicial la que adopte la decisión.

Lo anterior no significa que quepa una verdadera y propia representación en la emisión de esta declaración de voluntad, dado que se trata de un acto personalísimo; ni que los representantes legales o el tercero llamado a prestar el consentimiento puedan adoptar la decisión que estimen conveniente libérrimamente. Por el contrario,

---

<sup>45</sup> Cfr. art. 10.4 c) de la LGS; y el art. 11.3 del Código Deontológico Médico.

<sup>46</sup> Como excepción, el art. 6 a), párrafo 2.º, de la Ley 3/2001 de Galicia precisa que «en caso de los familiares se dará preferencia al cónyuge, en su defecto a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los de mayor edad». En los mismos términos, pero dando primacía al representante legal, en el caso de que el paciente sea menor o incapacitado, se pronuncia el art. 8.2 de la Ley 11/2002 de Navarra.

actuarán en este supuesto en virtud de la potestad-función que ostentan *ex lege* de velar por el interés del menor no emancipado y, por tanto, dentro de ciertos límites. Estos coinciden con los que ostentan los representantes legales en relación al menor o incapacitado carente de capacidad natural, por lo que a ellos me remito para evitar reiteraciones.

**d) «Quid» de la admisibilidad del testamento vital o la voluntad anticipada del menor o incapacitado con capacidad natural**

Recientemente, nuestro ordenamiento jurídico ha comenzado a reconocer relevancia al fenómeno o la práctica conocida como «testamento vital» o «voluntad anticipada»<sup>47</sup>. Se trata de la posibilidad de que la persona capaz manifieste su voluntad acerca de los tratamiento o intervenciones médicas a los que eventualmente pueda ser sometida en un futuro, o bien designe la persona que desea que asuma tales decisiones, en previsión de la posibilidad de carecer de capa-

---

<sup>47</sup> Su origen en Derecho comparado se cifra a finales de los años sesenta en el Derecho anglosajón. Más concretamente, se atribuye la idea de su creación a un abogado de Chicago, Luis Kutner, en 1967 (*cf.* GARCÍA AZNAR, *op. cit.*, pág. 210, siguiendo a GORDON y SINGER, «Decisiones y cuidados al final de la vida», *The Lancet*, ed. esp., 1995, págs. 163 y ss.).

Pero, en nuestro ordenamiento, y con una terminología imprecisa («deseos emitidos con anterioridad por el paciente») el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina de 1997 es el primer texto normativo por el que se reconoce relevancia jurídica a esta práctica. Siguiendo sus directrices, ha sido regulada por el momento por las Comunidades de Cataluña, Galicia, Extremadura, Madrid, Aragón, La Rioja y Navarra (*cf.*, respectivamente, la Ley 21/2000 sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica de Cataluña; la Ley 3/2001 reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de la CA de Galicia; la Ley 10/2001 de Salud de Extremadura; la Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid; la Ley 6/2002 de Salud de Aragón; la Ley 2/2002 de Salud de La Rioja; y la Ley Foral 11/2002 sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra).

Y, a nivel estatal, el pasado 31-10-2002 fue aprobada la *Ley sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, que se ocupa también del «testamento vital»*.

cidad para expresar personalmente dicha voluntad llegado el momento de hacerla valer<sup>48</sup>.

La pregunta que surge a este respecto es la de si sería jurídicamente válido y eficaz el testamento vital o la voluntad anticipada emitida por un menor de edad o incapacitado con capacidad natural, a pesar de la limitación de que adolecerá su capacidad de obrar.

Hasta ahora, las normas que han abordado la regulación de esta práctica, incluso aquéllas que reconocen legitimación al menor con más de dieciséis años para emitir el consentimiento informado, sólo han contemplado la posibilidad de que la lleven a cabo personas con plena capacidad de obrar<sup>49</sup>. Únicamente la Ley 11/2002 de Navarra, en coherencia con lo establecido en cuanto a la capacidad para consentir un acto médico con carácter general, reconoce la validez de la voluntad anticipada emitida por aquellos menores a los que esta Ley considera capaces de expresar el consentimiento informado (art. 9). A mi juicio, este último es el criterio acertado. Pues, en la medida en que el otorgamiento del consentimiento a ser sometido a una intervención médica (al margen de que se exprese anticipadamente o no) supone el ejercicio de derechos fundamentales, el criterio de capacidad aplicable al denominado «testamento vital» debe ser el establecido con carácter general en el artículo 162.2.1.º del Código civil para los actos de ejercicio de aquellos derechos: la capacidad natural.

La única objeción que cabría hacer a esta posibilidad es la dificultad de constatar que cuando el menor, o en su caso el incapacitado, emitió su «voluntad anticipada» tenía capacidad natural suficiente para ello. No creo, sin embargo, que este argumento baste para rechazar *a priori* la validez de la voluntad declarada por aquéllos; aunque sí para proponer de *lege ferenda* la conveniencia de estable-

---

<sup>48</sup> Lógicamente, esa eventual falta sobrevinida de capacidad puede ser un mero evento futuro e incierto (derivado del riesgo al que toda persona humana está sujeta de perder sus aptitudes por enfermedad o accidente), o bien tratarse de un evento futuro pero cierto (por tratarse de un enfermo en fase terminal o al que se le ha diagnosticado una enfermedad degenerativa de sus facultades).

<sup>49</sup> *Cfr.* art. 8 de la Ley 21/2000 de Cataluña; art. 11.5 de la Ley 10/2001 de Extremadura; art. 28 de la Ley 12/2001 de Madrid; art. 15 de la Ley 6/2002 de Aragón; art. 6.5 de la Ley 2/2002 de La Rioja.

cer legalmente ciertas cautelas formales, e incluso materiales, dirigidas a constatar la suficiencia de su aptitud intelectual y volitiva, así como la libertad de su declaración de voluntad. La oportunidad y viabilidad de la adopción de estas medidas las confirman, a mi juicio, las formalidades establecidas por la normativa vigente para el caso en que el autor de esta declaración sea una persona con plena capacidad de obrar (es decir, mayor de edad no incapacitado)<sup>50</sup>. Sin que

<sup>50</sup> *Cfr.*, a este respecto, la Ley 12/2001 de la C.A. de Madrid (art. 28.3, en relación con el art. 28.1); y, en particular, las Leyes antes citadas de Cataluña (art. 8), Galicia (art. 5), Extremadura (art. 11.5), Aragón (art. 15); Navarra (art. 9.2 y 4) y La Rioja (art. 6.5).

La Ley de Madrid se limita a exigir que las que denomina «instrucciones previas» se manifiesten por escrito de forma que quede constancia fehaciente de que se han expresado en las condiciones legalmente previstas, esto es, por una persona mayor de edad, que tenga capacidad y actúe libremente (art. 28.3, en relación con el art. 28.1).

A mayor abundamiento, sin embargo, las Leyes de Cataluña (art. 8), Galicia (art. 5), Extremadura (art. 11.5), Aragón (art. 15) y Navarra (art. 9.2 y 4) exigen que esta voluntad se exprese de una de estas formas: a) ante notario; b) o bien, en presencia de tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos como mínimo (los tres en la Ley de Extremadura) no podrán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante. El otorgante, sus familiares o su representante harán llegar el documento que contenga esta declaración de voluntad al centro sanitario donde la persona esté hospitalizada y será incorporado a la historia clínica del paciente. Por lo que se refiere al contenido, no se tendrán en consideración aquellas voluntades que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico, a la buena práctica clínica, ni cuando el supuesto de hecho finalmente acaecido no se corresponda con el previsto en el momento de su declaración (*v. gr.* sería ineficaz la voluntad de que se le practique la eutanasia activa, tipificada como ilícito penal en el art. 143 del CP).

La Ley de La Rioja (art. 6.5) establece dos exigencias formales peculiares para reconocer validez a esta declaración de voluntad: de un lado, exige simultáneamente (tal vez por un error en su redacción, más que por un afán de reforzar el control de la capacidad del emisor) que esta declaración se exprese en forma notarial y ante tres testigos, dos de los cuales como mínimo no deben ser parientes del paciente hasta el segundo grado ni tener relación patrimonial con él; y, además, que esta declaración se inscriba en el Registro de Voluntades adscrito a la Consejería competente en materia de salud, cuyo régimen se establecerá reglamentariamente. También la Ley de Aragón (art. 15.6) prevé la creación de un Registro de Voluntades Anticipadas, dependiente del Servicio Ara-

plantee mayores problemas técnicos o jurídicos su extensión al menor de edad o al incapacitado con suficiente juicio.

### 2.2.3. El menor o incapacitado sin capacidad natural

Finalmente, si el paciente al que se pretende someter a un tratamiento o intervención médicos no tiene capacidad para adoptar racionalmente una decisión al respecto, por su minoría de edad o su incapacitación, aquélla será adoptada por sus representantes legales<sup>51</sup>. Porque falta en este caso, el presupuesto que determina la capacidad de aquéllos para ejercitar por sí mismos sus derechos de la personalidad, esto es, las condiciones de madurez a las que alude el artículo 162.2.1.º del Código civil.

Ahora bien, ello no significa que los representantes legales del menor puedan sustituir su voluntad sin más o desempeñen una verdadera función representativa en este ámbito<sup>52</sup>. Por el contrario, sus facultades representativas se encuentran modalizadas en el caso del ejercicio de los derechos de la personalidad del menor (o el incapacitado) a la exclusiva realización y salvaguarda de sus intereses. En atención a ello, cabe establecer ciertas pautas o criterios que conforman o delimitan la facultad de los representantes legales de los menores de edad o incapacitados de consentir o rechazar una intervención médica en nombre de aquéllos:

a) En primer lugar y como principio general, los representantes sólo están legitimados para consentir aquellos tratamientos e

---

gonés de Salud, pero sin que la validez de la declaración de voluntad se supedita a la constancia en el mismo.

*Atendidas estas previsiones, cabe objetar que no queda suficientemente garantizado el conocimiento de esta declaración por el personal sanitario que deba atender al paciente. Para ello sería conveniente establecer un Registro de «voluntades anticipadas» centralizado y automatizado a nivel estatal, siguiendo el ejemplo francés (cfr. art. L. 671-7 del Code de la Santé Publique).*

<sup>51</sup> En defecto de éstos, habrá que proceder en los mismos términos antes expuestos para la hipótesis del menor con capacidad natural, pero imposibilitado de hecho en el caso concreto para manifestar su voluntad.

<sup>52</sup> Por definición, los derechos personalísimos (y el de consentir una intervención médica lo es) no son susceptibles de representación en un sentido técnico-jurídico estricto.

intervenciones que redunden en beneficio del representado. Expresamente así lo exige el Convenio sobre Derechos Humanos y Bio-medicina (art. 6.1)<sup>53</sup>.

La decisión y la intervención médica deben ser las más objetivas y proporcionadas posibles en favor del enfermo, respetuosas en todo caso con su dignidad personal, y estar motivadas. En nuestro ordenamiento, así lo disponen expresamente las Leyes 21/2000 de Cataluña (art. 7.4) y 11/2002 de Navarra (art. 6.8). Yendo aún más lejos, pero con acierto y parafraseando lo dispuesto en el Convenio internacional antes citado, la Ley 8/2000 de Castilla-La Mancha supedita la intervención relativa a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento, y salvo lo dispuesto por las leyes en casos especiales, a que redunde en su *beneficio directo* [art. 4.1.k), apdo. 2.º *in fine*].

En definitiva, en el caso de emisión del consentimiento informado por sustitución, lo más satisfactorio a efectos prácticos es distinguir entre actos médicos con finalidad terapéutica y sin finalidad terapéutica. Pues, con carácter general, no cabe prestar el consentimiento por sustitución para someter a una persona, y en particular a un menor de edad o un incapaz, a intervenciones innecesarias o no terapéuticas<sup>54</sup>; sino tan sólo a tratamientos o intervenciones de carácter diagnóstico o terapéutico. Sólo excepcionalmente, la salvaguarda de otros intereses legítimos (del paciente o de terceros) legitimará una intervención no terapéutica en la persona sin capacidad natural; pero aún en este caso, con el límite de que ello no sea per-

---

<sup>53</sup> Señala SANTOS MORÓN (*op. cit.*, pág. 85) que «el hecho de que el incapacitado carezca de discernimiento suficiente para consentir el tratamiento médico (o se dude acerca de su capacidad al respecto) no debe llevar a concluir que con el consentimiento del representante legal puede aplicársele cualquier tratamiento médico de forma forzosa. Sólo deberá admitirse esta solución cuando el rechazo del tratamiento pudiera ocasionarle graves perjuicios para su salud o poner en peligro su vida»; así como para proteger a terceros. Precisamente, ésta es la solución adoptada por el Derecho alemán (*cf.* art. 1901 del BGB) y anglosajón.

<sup>54</sup> Por ejemplo, sería ineficaz el consentimiento prestado por los representantes legales para someter al menor de edad a una intervención quirúrgica estética puramente cosmética; donar un órgano en vida; así como, en principio, someterlo a un ensayo clínico sin finalidad terapéutica alguna en beneficio del menor.



judicial o entrañe un riesgo para la salud y la vida de aquél (este es el caso de los trasplantes de médula ósea; la posibilidad excepcional de llevar a cabo ensayos clínicos sobre menores de edad o incapaces)<sup>55</sup>.

b) En segundo lugar, el respeto de la dignidad personal del menor o el incapacitado impone tener en consideración su opinión en la medida de lo posible, aún cuando no tenga capacidad natural suficiente para otorgar o denegar personalmente el consentimiento a un acto médico. A falta de capacidad natural suficiente para que el paciente decida por sí mismo, se trataría de tener en consideración lo que podríamos denominar su mera «voluntad natural», sus preferencias y deseos<sup>56</sup>.

c) La decisión adoptada por el representante legal, o en su caso por un familiar o allegado del menor o incapacitado, podrá someterse a control judicial cuando se considere contraria al interés de

---

<sup>55</sup> En particular, respetado este límite, razones de solidaridad pueden legitimar el sometimiento del menor a ensayos clínicos de los que no derive un beneficio directo para él; o bien, extraerle para una donación médula ósea o progenitores hematopoyéticos en favor de personas con las que tengan vínculos genéticos.

Otro tanto ocurre, en relación a la esterilización (no terapéutica) de los incapacitados, admitida en nuestro ordenamiento jurídico cuando adolezcan de una grave deficiencia psíquica y previa autorización del juez competente, con el fin de salvaguardar otros intereses de los mismos como la posibilidad de que se desenvuelvan libremente en sus aspectos afectivo y sexual, posibilitándoles una vida social normalizada y una interrelación menos controlada por sus representantes legales, y en ningún caso por razones eugenésicas (cfr. STC 215/2994, de 14 de julio; SAP Oviedo de 1-2-1996, FJ 2.º; y SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, Madrid, 1998, págs. 324, 345 y ss. Asimismo, resulta de interés la SAP Barcelona 4-5-1999, en la que se da relevancia al consentimiento de la propia incapacitada a la esterilización, apreciada su aptitud para comprender lo que supone la maternidad, el riesgo de que nazca un hijo con sus mismas limitaciones y la existencia de medios anticonceptivos alternativos).

<sup>56</sup> En este sentido, imponen oír y tomar en consideración la opinión del menor en los casos de emisión del consentimiento informado por sustitución, dándole tanta más relevancia cuanto mayor sea su edad y grado de madurez, la Ley 21/2000 de Cataluña (art. 7.4), la Ley 8/2000 de Castilla-La Mancha [art. 4.1.k), apdo. 2, párr. 2.º], la Ley 3/2001 de Galicia [art. 6.b), párr. 2.º], y la Ley 11/2001 de Navarra (art. 8.4).

aqué<sup>57</sup> (sin perjuicio de la posibilidad de instar, en su caso, el nombramiento de un defensor judicial). Asimismo, las discrepancias de criterios entre los representantes legales y el responsable médico o la institución sanitaria deberán resolverse por la autoridad judicial<sup>58</sup>. Y otro tanto creo que procede en caso de inactividad de los representantes legales<sup>59</sup>. Sólo cuando no quepan demoras en la intervención médica por peligrar la vida o la integridad física del paciente, el médico estará legitimado para adoptar la decisión más conveniente conforme a la *lex artis* sin consultar a sus representantes, ni subsidiariamente a otros familiares o allegados, ni a la autoridad judicial.

En este sentido, exige autorización judicial el Código de Familia catalán, aunque sólo con referencia a la persona incapacitada sujeta a tutela y sólo cuando se trate de aplicarle «tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en *grave peligro su vida o su integridad física o psíquica*» (art. 219). En la misma línea, la Ley 2/2002 de Salud de La Rioja dispone que cuando el paciente esté legalmente incapacitado, su representante legal necesitará autorización judicial para consentir aquellas actuaciones médicas de las que se derive *un gran peligro para su vida o integridad física o psíquica*; y si la urgencia impide obtener la autorización judicial, se deberá comunicar al juez lo actuado en el plazo de veinticuatro horas (art. 6.3.). Asimismo, la Ley 1/1993 de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León exige autorización judicial cuando el paciente sea un enfermo mental y no esté en condiciones de comprender el alcance de un tratamiento experimental a efectos de obtener su previo consentimiento (art. 4.3).

En coherencia con ello, también en relación al menor de edad parece oportuno abogar de *lege ferendae* por la exigencia de autorización judicial previa cuando se preste por sustitución el consentimiento, no a cualquier acto médico, pero sí a aquéllos que entrañen un riesgo considerable de muerte o lesión grave y duradera para la integridad física de la persona carente de capacidad natural para

---

<sup>57</sup> Así se infiere del art. 158.3 Cc y lo prevé expresamente en esta materia el art. 6.c) Ley 3/2001 de Galicia.

<sup>58</sup> En este sentido, *cfr.* el art. 4.1, letra k), apartado 2 de la Ley 8/2000 de Castilla-La Mancha.

<sup>59</sup> *Cfr.* art. 6.1.ñ), apdo. 2.º, Ley 2/1998 de Andalucía; en relación con los arts. 158.3 Cc y 13 LO 1/1996.

expresar personalmente su voluntad<sup>60</sup>. Asimismo, debería someterse a control judicial el rechazo de un tratamiento o intervención necesarios para mejorar la salud del enfermo, o incluso para evitar su muerte, y en particular cuando éstos no entrañen riesgos de consideración.

En relación a este último supuesto no puede pasarse por alto que, en ocasiones, detrás de la decisión adoptada puede haber un delicado conflicto de intereses entre el paciente y sus representantes legales. En unas ocasiones, porque la negativa a la intervención o tratamiento que puede salvar la vida del menor o el incapacitado, pero dejándole importantes secuelas y limitaciones físicas o psíquicas, no siempre será adoptada pensando en su interés, sino (más o menos inconscientemente) en la carga que ello les supondría a los propios representantes legales<sup>61</sup>. En otras ocasiones, porque la negativa a dicho acto médico no es adoptada pensando en el interés del paciente, sino en base a convicciones o intereses subjetivos propios de sus representantes de índole religiosa o cultural.

---

<sup>60</sup> En cuanto al tipo de actos e intervenciones a las que sería aplicable esta regla cabe citar, a título meramente ilustrativo, trasplantes, operaciones a corazón abierto, neurocirugía, cateterismo, quimioterapia agresiva, tratamientos con corticoides, sedantes y psicofármacos.

<sup>61</sup> Este tema ha sido harto controvertido en Estados Unidos. A título ilustrativo, suscitó una gran polémica el caso *Baby Doe*, un niño nacido con Síndrome de Down, así como con un problema de estómago que hacía necesaria una intervención quirúrgica para facilitarle la alimentación oral. Frente a la negativa de los padres a que se practicara la intervención, el centro sanitario solicitó la autorización judicial para llevarla a cabo. Pero antes de obtenerla, el niño falleció. Ahora bien, la reacción social y política que estos hechos provocaron, entendiéndose que se había dejado morir al niño por ser deficiente mental, llevó al gobierno federal a introducir en el parágrafo 503 de la *Rehabilitation Act* de 1973 la prohibición de la omisión de atención médica a niños deficientes. En otro caso, los padres se opusieron a una intervención que podría haber elevado las expectativas de vida del menor (con hidrocefalia, espina bífida y problemas de corazón) hasta los 60 o 70 años, pero sin que los médicos pudieran asegurar que poseyera capacidad sensitiva ni cognitiva, estimando que podría resultar severamente retrasado.

En este tipo de hipótesis, diversos pronunciamientos judiciales norteamericanos han mantenido que la decisión debe ser adoptada por un órgano judicial. No obstante, un Informe de la Comisión Presidencial relativo a la supresión de tratamiento vitales consideró preferible que la decisión la adoptaran el representante legal y el médico, bajo la supervisión del Comité ético del hospital.

Particularmente significativo en la práctica, a este respecto, es el caso de los Testigos de Jehová, cuyas convicciones religiosas les llevan a rechazar ciertas prácticas sanitarias aun cuando sean imprescindibles para salvar la vida del paciente, y en particular las transfusiones sanguíneas<sup>62</sup>. También podríamos pensar en el posible rechazo al aborto por convicciones religiosas, aun cuando pueda peligrar la vida de la embarazada, o la hipótesis inversa (de la cual en días pasados nos ilustraban los medios de comunicación) del intento de imposición del aborto a una menor por parte de sus representantes legales, contrariando sus deseos y convicciones. E, incluso, en la irreversible lesión a la integridad física de la menor que entrañan prácticas como la ablación genital arraigada en las convicciones culturales y religiosas de ciertas comunidades<sup>63</sup>.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico y con carácter general, entiendo que la decisión adoptada por una persona con capacidad natural suficiente (aunque sea menor de edad o haya sido incapacitada) sobre su propia integridad física, su vida o su salud, en base a sus convicciones religiosas o culturales debe ser respetada; con el único límite de que no suponga un perjuicio para los derechos de terceras personas, no sea contraria al orden público, ni imponga al facultativo llevar a cabo una conducta contraria a la buena práctica médica<sup>64</sup>. Sin embargo, cuando se presta el consentimiento por sustitución, no puede en ningún caso primarse la liber-

---

<sup>62</sup> Cfr. SSTS, S. 2.ª, de 27-3-1990 y 27-6-1997 (ésta precisamente relativa al fallecimiento de un menor de edad ante la oposición de los padres a que se le practicara una transfusión sanguínea, a pesar de la inexistencia de tratamiento médico alternativo para su afección), así como la STC de 18-7-2002, por la que se resuelve el recurso de amparo interpuesto frente a esta última.

<sup>63</sup> De la mano de la inmigración, se han hecho frecuentes en España las denuncias por médicos y educadores de esta práctica, que en el mejor de los casos conlleva serias secuelas físicas y psíquicas para la mujer. En atención a ello, existe una Proposición de Ley de 2001 en la que se insta la reforma del art. 149 CP, a fin de considerar en todo caso como delito de lesiones «la mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones» (BOCG, Serie B, núm. 161-1, de 23-7-2001); además, hay que tener presente que por imperativo del art. 24.3 de la Convención de Derechos del Niño de 1989 (ratificada por España el 30-11-1990), «los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para *abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños*».

<sup>64</sup> Cfr. el art. 28.1 del Código Deontológico Médico español.

tad religiosa o ideológica del tercero sobre la vida y la integridad física del paciente, valores superiores merecedores de la máxima protección, que *sólo son limitadamente disponibles por su propio titular*.

En estos supuestos, cabe estimar que el facultativo podrá instar la autorización judicial para llevar a cabo el acto que estime objetivamente necesario para salvaguardar la integridad física o la vida del paciente<sup>65</sup>, y excepcionalmente, por razones de urgencia, podrá practicarlo lícitamente prescindiendo tanto del consentimiento de los representantes legales, como de la autorización judicial previa<sup>66</sup>.

En apoyo de esta afirmación, aparte de la aplicación por analogía de lo dispuesto en el artículo 271.1 del Código Civil, cabe destacar que también está sujeta a autorización judicial la renuncia a derechos de los que el representado sea titular *ex* artículo 166 (en el caso de la patria potestad) y 271.3 (en el de la tutela), ambos del Código Civil. Pues, aunque es cierto que estos preceptos parecen pensar en derechos de índole patrimonial, ello no hace sino reforzar la conveniencia de extender el control judicial a los supuestos en los que se trata de renunciar o llevar a cabo actos dispositivos relativos a derechos personalísimos, irrenunciables e indisponibles, tales como la vida y la integridad física.

---

<sup>65</sup> Así lo admiten, ROMEO CASABONA, *op. cit.*, págs. 453-454; SANTOS MORÓN, *op. cit.*, págs. 88 y ss.; COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el Derecho a la Salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, Oñati, 1988, págs. 296 a 298; D'ADDINO SERRAVALLE, *op. cit.*, pág. 215.

Además, ponen de relieve que los representantes legales que impidan u obstaculicen la práctica de una intervención médica necesaria para salvaguardar la vida o la integridad física del menor o incapacitado incurrirán en responsabilidad, tanto civil como penal, por abuso en el ejercicio de sus funciones, JORGE BARREIRO, *op. cit.*, pág. 24; ROMEO CASABONA, *op. cit.*, págs. 453 y 454; FRAGA MANDIÁN y LAMAS MEILÁN, *op. cit.*, págs. 41 y ss. En este sentido, resulta de interés la reciente STC 154/2002, de 18 de julio, que estima el recurso de amparo interpuesto por los padres (Testigos de Jehová) de un menor de trece años que falleció al no habersele practicado a tiempo una transfusión de sangre, a la que ni aquéllos ni el propio menor prestaron su consentimiento, frente a la STS que les condenó penalmente. Tiene en cuenta el TC en esta sentencia que los padres obraron rectamente, pues aunque no prestaron su consentimiento a la transfusión al amparo de su derecho fundamental a la libertad religiosa, no impidieron la actuación de los médicos ni la ejecución de la resolución judicial que les autorizó a la práctica forzosa de la misma.

<sup>66</sup> ROMEO CASABONA, *ibidem.*, pág. 468.