

Formar e Informar

**ATENCIÓN MÉDICA**

**AL MENOR DE EDAD**



Ilustre Colegio Oficial de Médicos  
de la Provincia de Badajoz

Formar e Informar

**ATENCIÓN MÉDICA  
AL MENOR DE EDAD**



**Prólogo**

Pedro Hidalgo Fernández.

**Autores**

Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona.

Juan Calixto Galán Cáceres

Manuel Fernández Chavero.

Mariano Casado Blanco

Carmen Romero Cervera

Alfredo Gimeno Aguilera

Sonia Gandolfo Barja

Luis Ortiz González

**Edita**

FUNCOMBEA

*(Fundación Ilustre Colegio Oficial de Médicos  
de la provincia de Badajoz)*

**Imprime**

Zeta impresión. Badajoz

**Depósito legal**

BA-527-2022

**ISBN**

978-84-09-44468-7

Queda prohibida, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con la autorización de los titulares de su propiedad intelectual.

# ÍNDICE

<b>PRÓLOGO</b>	
Dr. D. Pedro Hidalgo Fernández	7
<b>1. REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO SANITARIO DE MENORES.</b>	
Ilmo. Sr. D. Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona	13
<b>2. NEGATIVA DE LOS PADRES O DEL MENOR AL TRATAMIENTO. CONFLICTOS LEGALES</b>	
Ilmo. Sr. D. Juan Calixto Galán Cáceres	29
<b>3. DISFUNCIONES ASISTENCIALES CON PACIENTES MENORES DE EDAD: UN ENFOQUE DESDE LA ÉTICA Y LA DEONTOLOGÍA</b>	
Dr. D. Manuel Fernández Chavero	45
<b>4. EL MENOR DE EDAD ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO</b>	
Prof. Dr. D. Mariano Casado Blanco	57
<b>5. EL ABORTO Y TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN MENORES</b>	
Ilma. Sra. D <sup>a</sup> . Carmen Romero Cervera	75
<b>6. INTERNAMIENTO DE MENORES POR TRASTORNOS PSÍQUICOS. DISFORIA DE GÉNERO</b>	
Ilmo. Sr. D. Alfredo Gimeno Aguilera	85
<b>7. CAUCE PROCESAL EN LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE LA ASISTENCIA AL MENOR</b>	
Ilma. Sra. D <sup>a</sup> . Sonia Gandolfo Barja	99
<b>8. DILEMAS LEGALES EN LA ASISTENCIA MÉDICA AL MENOR</b>	
Dr. D. Luis Ortiz González	119

# PRÓLOGO

**Pedro Hidalgo Fernández**

*Presidente del Ilustre Colegio Oficial de Médicos  
de la provincia de Badajoz*

Marco Tulio Cicerón escribió allá por los años 60 antes de Cristo una frase que puede servir de introducción a este libro y que decía: *“vivimos una época verdaderamente terrible; los hijos han dejado de obedecer a sus padres y cualquiera escribe un libro...”*.

¿Qué significa esto que escribir libros es sencillo?, pues depende y esta podría ser la socorrida respuesta. Y depende de varias cuestiones, como si los libros carecen de contenido de interés o si el contenido te hace desperdiciar el tiempo, o si su adquisición te hace perder dinero o en todo caso si la redacción, edición y coordinación te hace derrochar recursos.

El Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz, dentro de su línea editorial de *“Formar e Informar”*, plantea como objetivo el presentar una específica temática, ordenarla y exponerla de una forma sencilla, lo que en cierta medida justificaría la redacción de este libro. Además, en todas sus ediciones trata que este libro sea escrito por importantes y conocidos autores del ámbito jurídico y judicial, del sanitario y del docente y que sea presentado y redactado con un estilo directo, sencillo, pero a la vez con un lenguaje muy eficaz y, por supuesto, experto.

Sabemos que no resulta fácil manejarse en el mundo del derecho ni en el sanitario, ni por supuesto en el ámbito de la ley y de la moral, sobre todo si no se está provisto de un bagaje de conocimientos, tanto en derecho como en medicina, tan contrapuestos aunque puestos a prueba en el quehacer diario de todos los autores que participan en el mismo.

El libro que editamos en esta ocasión se centra en la Atención al menor de edad y se ha elegido este tema dado que el interés social por el colectivo de los menores de edad es creciente. La problemática general que en esta etapa de la vida se presenta, la dispersión de legislación y de medios y la evidencia de muchas carencias lo hacen necesario y justificado.

En cuanto al contenido, aunque variado, se limita a ser una simple introducción a un número limitado de interrogantes, que en definitiva pone en duda la satisfacción de las necesidades de los precitados menores de edad.

Aunque de una u otra manera siempre hubo algún tipo de interés sobre este colectivo, no fue hasta la aprobación de las convenciones internacionales, sobre todo la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (CNUDN), cuando se comenzaron a establecer medidas, reglas y normas legales sobre la protección de los menores de edad, y que aun así se encuentran en situación de desventaja social y requieren trabajar más en un marco de protección jurídica que les permita el acceso al disfrute de derechos en condiciones de igualdad.

Con ello las actuales concepciones de la infancia contemplan esta etapa de la vida humana como un período de desarrollo y preparación para la vida adulta, por ello la mejora de la calidad de vida de la infancia debe de ser una de las prioridades más relevantes dentro de las políticas sociales.

Desde el ámbito sanitario es evidente que la situación actual del menor de edad en el ámbito sanitario ha evolucionado de manera paralela a como lo ha hecho la propia sociedad. Básicamente estos cambios se han visto reflejados en el propio principio de la autonomía de la persona, donde se ha pasado de una absoluta dependencia y acatamiento de la voluntad de los progenitores a intentar fomentar la autonomía del menor de edad, en base al desarrollo gradual y progresivo en lo referente a su capacidad de hacer y entender, como un derecho humano de la infancia y consecuentemente el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

De esta manera se observa como en el ordenamiento jurídico, se ha ido reflejando de manera progresiva una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

Pero todo no es tan sencillo y por supuesto que surgen problemas sobre todo teniendo en cuenta la desigualdad que existe en el periodo que comprende eso que se denomina y que conocemos como minoría de edad minoría de edad en referencia a las condiciones de autonomía, dependencia o independencia en el desarrollo y evolución del menor, que resultan ser muy variables a medida que el menor va creciendo, de forma que las diferentes condiciones de capacidad, autonomía, independencia, etc., no son iguales en toda la etapa que dura esta minoría.

**ATENCIÓN MÉDICA  
AL MENOR DE EDAD**

# **REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO SANITARIO DE MENORES**

**Ilmo. Sr. D. Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona**

*Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz*

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 39 de la Constitución establece que los poderes públicos deben asegurar la protección, social, económica y jurídica de la familia y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Los menores son un colectivo vulnerable y, por ello, cuentan con un régimen jurídico especial que los protege. Esa protección, como no podía ser de otra forma, también se proyecta en el ámbito de la salud y de la asistencia médica de los menores. Dicha asistencia, aparte de sus peculiaridades inherentes, presenta problemas jurídicos propios.

Por lo pronto, en esos casos, hay una relación trilateral, pues, además del paciente y del médico, también participan los representantes del menor, generalmente sus progenitores. Relación que incluso puede ampliarse, porque los ascendientes no siempre se ponen de acuerdo. Conjugar todos los intereses en juego no siempre es posible. Para los médicos, puede ser complejo y delicado tomar decisiones en estos supuestos. Incluso puede ser necesaria la intervención judicial.

Y es que hay serias dudas sobre quién ostenta en esos casos el derecho a la autonomía del paciente. El consentimiento no solo depende, como es común, del propio paciente, sino también de terceras personas. Aunque el interés debe ser el mismo, podemos encontrarnos con un serio conflicto de pareceres y las soluciones muchas veces no son a gusto de todos. Los derechos del menor están en un difícil equilibrio.

Tradicionalmente, cuando de menores se trata, el principio de autonomía del paciente se ha relajado mucho. Es el llamado modelo paternalista. Operaban los principios de beneficencia y no maleficencia. El *por su bien* parecía resistirlo y justificarlo todo.

Con el tiempo, al irse fortaleciendo la figura de la autonomía del paciente en el ámbito de la asistencia médica, se replanteó la posibilidad de extender tal principio a los menores con suficiente juicio o madurez. Pasó primero en Estados Unidos y luego en Europa. Esta corriente de pensamiento defendió que, aun cuando fueran menores de edad, las personas con capacidad natural para entender y comprender el alcance de una actuación médica debían prestar ellos mismos su consentimiento.

En Reino Unido, fue famoso el caso *Gillick*, una menor que sin consentimiento de sus padres quería tomar anticonceptivos. Dicho asunto, en 1985, llegó a la Cámara de los Lores y se terminó apreciando que un menor con capacidad natural suficiente

puede decidir por sí mismo. Y ello sobre la base de que los derechos de los progenitores solo se justifican en interés de los hijos. De ahí nació la denominada *Gillick competence*.

Surgió entonces la figura del menor maduro, que finalmente terminó siendo reconocida de forma oficial. Primero a través del Convenio de Oviedo y después, ya en el ámbito nacional, por medio de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, Ley 41/2002).

Sin embargo, nuestro ordenamiento, lejos de reforzar con el tiempo la figura del menor maduro, parece recelar de las capacidades y competencias de nuestros adolescentes. Se cambia la ley y las modificaciones ni siquiera son clarificadoras. En un campo, como el sanitario, donde hay que tomar decisiones inmediatas, la falta de certidumbre jurídica en aspectos tan importantes como la autonomía del paciente es un grave obstáculo para el ejercicio profesional. Es decepcionante que no exista un cuerpo legal claro.

## II. LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR

Capacidad es sinónimo de personalidad. Es la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas. Pero esta capacidad se manifiesta de dos maneras: aptitud para ser titular de derechos y aptitud para poder ejercitarlos. Distinguimos así entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

La capacidad jurídica se identifica con la personalidad, de forma que es inherente a todo ser humano. La Constitución establece en su artículo 10 que 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.

La capacidad de obrar, en cambio, es la aptitud de la persona para realizar con eficacia actos jurídicos. A diferencia de la capacidad jurídica, no todas las personas tienen capacidad de obrar. En general, esta capacidad se alcanza con la mayoría de edad. La edad es un estado civil, en la medida en que precisamente condiciona la capacidad de obrar. Conforme al artículo 12 de la Constitución, somos mayores de edad a los 18 años. Edad que coincide con la mayor edad penal.

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo excepciones puntuales (por ejemplo, en la adopción se deben tener 25 años y al menos 14 años

más que el adoptado). En cambio, el menor de edad de 18 años tiene restringida su capacidad de obrar. No obstante, hay excepciones, caso de la emancipación y la habilitación de edad.

La emancipación es el acto solemne o beneficio de la ley que pone término a la institución de guarda y confiere al menor un grado de capacidad para regir su persona y bienes de manera similar a la mayoría de edad. Es condición necesaria tener 16 años cumplidos y precisa la concurrencia de determinadas circunstancias, que la ley relaciona.

El efecto general que produce la emancipación es habilitar al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor. No obstante, para determinados actos jurídicos especialmente onerosos, no está capacitado.

Y si la emancipación es el modo para que el menor de edad anticipe el fin de la patria potestad, la habilitación de edad es el medio por el que los menores pueden abandonar la tutela.

### **III. EL MENOR Y SUS DERECHOS**

Aunque con la mayoría de edad se logra la plenitud jurídica, los menores son titulares de muchos derechos y la limitación de su ejercicio solo puede obedecer a la falta de madurez de la persona y a la necesidad de su propia protección.

La Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, entre otros fines, persigue atribuir a los menores un papel más destacado en la sociedad. Igual ocurre con la Carta Europea de los Derechos del Niño. Se quiere no solo proteger a los menores, sino también hacerlos más protagonistas. Se trata de fomentar su autonomía, su capacidad de decidir. Por ello, su protección ha de ser compatible, dentro de lo posible, con el ejercicio directo de sus derechos.

En nuestro ordenamiento, echamos en falta una ley que regule de forma conjunta los derechos de los menores y que haga especial hincapié en los menores maduros. La Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor (LO 1/1996) es un texto muy importante, pero insuficiente. Nos encontramos con una gran dispersión normativa. Tenemos en el Código Civil un amplio número de artículos que reconocen derechos y facultades a los menores.

El catálogo es muy amplio. Valgan solo unos pocos ejemplos. Así, superados los 12 años los menores tienen capacidad para prestar el consentimiento a su adopción y

a su acogimiento y tienen el derecho a ser oídos en las decisiones que les afecten en materia de patria potestad y en la constitución de la tutela. A los 14 años tienen capacidad para hacer testamento, excepto el ológrafo. A los 16 años pueden solicitar del juez su emancipación, o el beneficio de la mayoría de edad si están sujetos a tutela, y pueden realizar por sí solos los actos de administración ordinaria sobre los bienes que hubieren adquirido mediante su trabajo o industria. Asimismo, desde 2015, tras la modificación del artículo 1263 del Código Civil, los menores pueden contratar bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

Por su parte, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores se aplica a las personas mayores de 14 y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código Penal o las leyes penales especiales. A los menores de 14 años, no se les exige responsabilidad, pero pueden ser ingresados en centros de protección previa autorización del juez de primera instancia. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, LO 8/2015), ha reformado la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular el ingreso de menores con problemas de conducta. El artículo 33 de la LO 1/1996, contempla la administración de medicamentos en los centros de protección y se remite a la Ley 41/2002.

E indicar que, en 2015, se elevó a los 16 años la edad para tener relaciones sexuales, de modo que, en principio, es delito tener relaciones con jóvenes sin 16 años cumplidos. No obstante, existe una excusa absolutoria (artículo 183 *quater* del Código Penal): no es delito si el autor es una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

En el plano laboral, conforme al Estatuto de los Trabajadores, la capacidad para trabajar se obtiene cumplidos los 16 años.

Y como es sabido, la mujer mayor de 16 años puede interrumpir su embarazo en los plazos y condiciones legales.

#### **IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

La Convención de Derechos del Niño proclama el llamado interés superior del menor, que es un principio rector en la actuación de los poderes públicos en relación con los menores.

Es un concepto jurídico indeterminado, si bien, afortunadamente, tras la Ley Orgánica 8/2015, contamos con criterios legales de valoración, que además deben ser ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso. También abunda la ley en su triple proyección: derecho sustantivo, regla de interpretación y norma del procedimiento. Todo ello proporciona mayor seguridad jurídica y más objetividad de cara a adoptar las correspondientes medidas.

## **V. LOS MENORES: LA MADUREZ COMO CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE DERECHOS**

Desde el momento en que el legislador condiciona determinados derechos a la suficiente madurez del menor, el gran problema desde el punto de vista jurídico es quién y cómo se determina dicha madurez. La restricción de los derechos de los menores no es lineal o uniforme. Es inversamente proporcional a la edad de la persona. La minoría de edad no es una situación estable: a medida que el menor va madurando se acrecientan sus derechos.

Es el tema de la capacidad natural, que tiene un claro contenido fáctico. Pero la madurez ya no es un simple concepto natural, es también jurídico. El menor maduro pasa a ser una nueva categoría jurídica a caballo entre la mayoría de edad y la emancipación, por un lado, y el mero menor de edad, por otro.

Según la definición del Comité de Derechos del Niño de la ONU, en la observación general número 12 (2009), la madurez hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, así como a la capacidad para expresar opiniones sobre cuestiones de forma razonable e independiente.

El juicio madurez, sin embargo, no es sencillo. El método y los criterios aplicables son dispares. Esto escapa del conocimiento jurídico. Es un mero tema de prueba, pero con muchas implicaciones en distintas disciplinas. Para su valoración, hay que atender no solo a pautas naturales sino también jurídicas.

Es verdad que la ley, según qué casos, puede anudar la madurez a concretas situaciones de hecho. Así, la LO 1/1996, en relación con el derecho a ser oído y escuchado, establece que el ejercicio de dicho derecho podrá ser personal o por representación, a elección del propio menor siempre y cuando tenga suficiente madurez (artículo 9.2). La norma, para el ejercicio de este derecho a ser oído y escuchado, considera que se tiene suficiente madurez con 12 años cumplidos. Asimismo, como hemos visto, la vida económica independiente del menor con 16 años justifica la emanci-

pación, de modo que, de forma correlativa, podemos hablar de un menor maduro. Es el supuesto del menor que contrae matrimonio. En otros países, es el caso del menor que es militar.

Fuera de las previsiones normativas, nos encontramos ante una cuestión fáctica, que se puede acreditar por todos los medios de prueba legales y, especialmente, como hemos dicho, con dictámenes periciales. Madurez que se apreciará por personal especializado. Con ocasión de la asistencia médica, la madurez del menor queda al buen criterio del facultativo.

En cualquier caso, en la duda, debemos ser flexibles en el reconocimiento de la madurez. La ley, como ya hemos dicho, artículo 2.1, párrafo segundo, de la LO 1/1996, dispone que las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse restrictivamente.

## **VI. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE**

Este principio comporta que, salvo supuestos excepcionales, no se pueden realizar intervenciones en contra de la voluntad del paciente. Las intervenciones médicas siempre suponen una injerencia en la integridad física y, eventualmente, psicológica.

En general, es decisión libre de los individuos someterse o no a tratamiento médico. Es manifestación de distintos derechos fundamentales: del derecho a la integridad física y moral, del derecho a la libertad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

También es un derecho que tiene fundamento en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Afecta a la vida privada y a la integridad de las personas. Someterse de forma forzosa a tratamientos médicos puede atentar a la dignidad y a la autonomía personal. Todo tratamiento médico debe ser admitido de manera libre e informada por el paciente (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de marzo de 2004, caso Glass contra Reino Unido; de 5 de junio de 2015, de Lambert y otros contra Francia; de 6 de abril de 2017, caso A.P. Garçon y Nicot contra Francia; y de 27 de junio de 2017, caso Charle Gard contra Reino Unido).

Asimismo, este derecho está reconocido en la Convención de Oviedo de 4 de abril de 1997, que es un pacto del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina.

En nuestra legislación nacional, se recoge en la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, y más detalladamente en la Ley 41/2002. Su artículo 8 exige el consentimiento informado, libre y voluntario del paciente. El artículo 9 establece límites al consentimiento informado y, además, prevé el consentimiento por representación.

Por supuesto, este principio tiene límites, no es un derecho absoluto. No hace falta el consentimiento en los casos de riesgo para la salud pública (caso de la desdichada pandemia que vivimos por la Covid-19) y de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización. También cede este derecho cuando la Administración debe velar por la vida o la salud del paciente (por ejemplo, presos en huelga de hambre, sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio).

## VII. LOS MENORES Y EL CONSENTIMIENTO SANITARIO

### VII.1. Antecedentes

Ya hemos anunciado que la regulación legal sufrió un cambio importante en 2015. Como podremos ver, la voluntad de los menores se ha devaluado mucho tras la modificación de la Ley 42/2002. El texto original se mantuvo prácticamente inalterado hasta 2015. Tan solo, en 2010, con la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, para la interrupción del embarazo, se redujo la edad de los 18 a los 16 años.

Es decir, entre 2002 y 2015, la mayoría de edad sanitaria se alcanzaba en general con los 16 años e incluso por debajo de esa edad si el adolescente era capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

La reforma de 2015 vino al hilo de un cambio legislativo global que pretendía reforzar la protección de los menores. Y en este ámbito, la reforma se inspiró en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado (FGE). La propia exposición de motivos de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Ley 26/2015), se hace eco de ello. Esa circular, aunque bien intencionada, era claramente paternalista. Prescindía por completo de la voluntad del menor, llegando incluso a decir, de forma literal, que era irrelevante. Anteponía ante todo la salud del menor, llevándose por delante el principio de autonomía del paciente. Insinuaba que, tratándose de menores, dicho principio no operaba. No solo orillaba la voluntad del menor sino también la de sus representantes legales. Hacía una interpretación voluntarista, casi *contra legem* de la Ley 42/2002; eso sí, con argumentos de peso de otros cuerpos legales.

Esta circular de la FGE, que no tiene carácter normativo, pero sí alto prestigio doctrinal, bien podemos decir que ha sido transpuesta o copiada por el legislador en la vigente Ley 42/2002. En síntesis, su fundamento es que la persona solo con la mayoría de edad alcanza la plena capacidad para decidir. Dicho con otras palabras, se deshecha en la práctica la doctrina del menor maduro. En la citada circular se argumenta que, hasta los 18 años, estamos teóricamente bajo la protección del Estado, con lo cual no puede darse relevancia a decisiones propias o de los representantes legales cuyos resultados afecten a la salud de menor. Se descarta, pues, la voluntad tanto del mayor de 16 años como del menor maduro en los tratamientos médicos de carácter vital.

En fin, la norma vigente vacía casi de contenido el derecho de autodeterminación de los menores. Y viene, de hecho, a excluir la figura del menor maduro, porque, mientras no cumpla 18 años, apenas se le reconoce capacidad de decisión. Concepción ésta que es muy discutible, porque la doctrina del menor maduro es precisamente superar la discordancia entre la realidad jurídica y la realidad física. Menor maduro es aquel que, sin tener 18 años, tiene la misma aptitud para decidir por sí mismo. Es decir, es un menor con capacidad natural para comprender la situación en orden al alcance de su enfermedad, su diagnóstico y el tratamiento.

No obstante, la reforma también ha tenido sus luces. Por ejemplo, era contradictorio que el menor maduro estuviera facultado para lo más y no para lo menos. Así, podía rechazar un tratamiento vital y, a la par, no podía consentir un ensayo clínico. El problema es que legislador ha equiparado al menor por abajo, recortando sus derechos.

## **VII.2. Régimen vigente de los menores en materia de consentimiento sanitario**

De entrada, debemos distinguir dos supuestos en función del tipo de intervención médica. Por un lado, actuaciones médicas en general y, por otro, actuaciones de grave riesgo para la vida o salud, ensayos clínicos, prácticas de reproducción humana asistida e interrupción del embarazo.

### **VII. 2.1. Actuaciones médicas ordinarias**

#### *VII. 2.1.1. Menores con 16 años cumplidos*

Pueden prestar su consentimiento, pero no todos ellos. La edad es condición necesaria pero no suficiente. Tienen que tener, además, capacidad intelectual y emocio-

nal de comprender el alcance de su intervención. Y si tuvieran la capacidad modificada judicialmente, tampoco podrían decidir por sí mismos si la correspondiente sentencia les impide expresamente el ejercicio de tal derecho. Asimismo, cualquier situación de hecho de falta de capacidad real impide el consentimiento.

Los 16 años serían, en principio, la mayoría de edad sanitaria. Estamos ante una presunción de capacidad, pero como hemos visto solo *ius tantum* (que admite prueba en contrario). Cumplidos los 16 años y sin capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de la intervención, su consentimiento será por representación. Hay que estar a la capacidad natural. Y su evaluación corresponde al médico.

La ley habla de menores emancipados y mayores de 16 años. Esta distinción carece de sentido porque, en la actualidad, todo sujeto emancipado tiene que tener 16 años cumplidos. Con lo cual, a efectos sanitarios, los emancipados no son una categoría aparte. La Ley 42/2002 se reformó por la Ley 26/2015. Sin embargo, pocos días antes, se promulgó la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, ley que dejó de permitir, por dispensa judicial, el matrimonio de menores a partir de 14 años, circunstancia que conllevaba como efecto aparejado la emancipación.

En cuanto a los menores con 16 años con la capacidad modificada judicialmente, el consentimiento lo prestan sus representantes legales siempre y cuando esté previsto en sentencia. La norma dice literalmente: *y así conste en la sentencia*. Es decir, resulta necesario que, en ella, se recoja expresamente que el menor con la capacidad modificada no puede dar su consentimiento sanitario. Si se ha declarado que el sujeto está incapacitado totalmente para regir su persona, puede entenderse que no estará facultado. No obstante, en la duda, el menor conservará su derecho a prestar personalmente el consentimiento, siempre y cuando sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en su importante artículo 12 proclama que estas personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Se quiere con ello respetar su voluntad y sus preferencias. La persona discapacitada, como regla general, debe ser la encargada de adoptar sus propias decisiones. El objetivo final de la Convención es garantizar en la mayor medida posible la capacidad de actuar, de obrar. De hecho, actualmente, se tramita un proyecto de ley que implica una revisión profunda de nuestro ordenamiento para adaptarlo al mencionado convenio internacional.

Insistir en que, hasta 2015 (Ley 26/2015), en las actuaciones médicas ordinarias, los menores con 16 años cumplidos decidían por sí mismos. No cabía el consentimiento por representación. Se presumía la capacidad y tan solo quedaban excluidas las personas con discapacidad.

#### *VII. 2.1.2. Menores de edad que no hayan cumplido los 16 años*

La Ley 41/2002, artículo 9.3 c), dispone que los pacientes que no pueden tomar decisiones o que no son capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de su intervención prestan consentimiento por sus representantes legales, después de haber sido escuchada su opinión. En sentido contrario, podría interpretarse que los menores sin 16 años cumplidos que comprenden intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de su intervención sí podrían prestar consentimiento. Estaríamos aquí realmente en la categoría de los menores maduros. Según los casos, tan maduro puede ser un menor de 15 como de 17. La madurez no es un concepto matemático. El artículo 9.3 c), aisladamente considerado, da pie a ello.

Ahora bien, una interpretación sistemática del precepto nos puede llevar a otra conclusión. Para los menores con capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de su intervención, el propio legislador pone como condición que tengan 16 años (artículo 9.4). Y es que el precepto excluye la representación de quien tiene 16 años y capacidad de comprensión.

No obstante, esta previsión legal respecto de los menores con 16 años no debe ser necesariamente incompatible con el caso de todos aquellos menores que, sin tener 16 años, son suficientemente maduros para comprender el alcance de un concreto acto médico. Y todo ello bajo la perspectiva del principio general de que las limitaciones de capacidad de los menores deben interpretarse restrictivamente. La ley exige que, en cualquier caso, el menor con madurez o siempre que tenga ya doce años cumplidos sea escuchado en aquello que le afecte.

También refuerza tal conclusión la redacción original del precepto, la vigente hasta 2015. El consentimiento por representación se reservaba a los supuestos en que el menor no fuera capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de su intervención. Quiere esto decir que los menores maduros, con independencia de su edad, decidían por sí mismos. Si no podían comprender eran escuchados si tenían 12 años cumplidos.

El problema es la defectuosa redacción del artículo. Era más clara en 2002. En 2015 se han añadido párrafos que no se cohonestan bien con el texto preexistente que se ha mantenido. Se producen ambigüedades. Y no ayuda tampoco el espíritu que ha informado la reforma, que es limitar la autonomía de los pacientes menores.

### ***VII. 2.2. Actuaciones médicas de grave riesgo***

Para estos supuestos, el menor mayor de 16 de años no tiene capacidad de decisión. Se ha visto privado de esta facultad tras la reforma llevada a cabo en 2015. Las actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor quedan a criterio del facultativo. Es competencia y responsabilidad del personal médico determinar qué actuaciones son o no de grave riesgo.

En estos casos, el legislador prescinde por completo de la madurez del menor. Aunque esté a punto de cumplir los 18 años, esté ya trabajando y tenga hijos, da igual: no puede decidir por sí mismo. Presta el consentimiento su representante legal.

## **VII. 3. Consentimiento por representación**

### ***VII. 3.1. Consentimiento por representación reglado***

Los representantes legales no prestan un consentimiento libre. Debe ser adecuado a las circunstancias y proporcionado a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por ejemplo, ha rechazado las esterilizaciones forzadas o involuntarias de menores. Ha declarado violados los derechos a no padecer tratos inhumanos o degradantes y el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Viene a cuento la reciente Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad. El espíritu de esta norma va en línea con lo que aquí defendemos: que las personas con su capacidad natural mermada siguen siendo soberanas de sus derechos y deben conservar sus facultades de decisión. Si lo precisan, habrán de contar con las medidas de apoyo pertinentes.

Esta idea, por idénticas razones, es trasladable a los menores. En la medida de lo posible, deben participar activamente en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

### **VII. 3.2. Límites de la representación**

Hemos visto que los representantes legales suplen a los menores en buena parte de las ocasiones a la hora de prestar el consentimiento. Sin embargo, tal consentimiento no es vinculante. El artículo 9.6 de la Ley 42/2002, para los casos de representación, prevé que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente.

Cuando el consentimiento prestado por representación no se ajuste a dicho fin, debe acudirse a la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

En resumen, los médicos tienen la última palabra. Ni la opinión del menor, ni la de sus representantes son determinantes. Salvo revisión judicial, la decisión final que prevalece es la médica. Eso sí, teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor.

También el TEDH se ha pronunciado sobre el derecho de los menores al tratamiento (sentencia de 27 de junio de 2017, caso Gard y otros contra el Reino Unido). A los dos meses de nacer, a un bebé inglés se le diagnosticó una encefalomiopatía, con parálisis muscular y graves e irreversibles daños cerebrales. Ante tal situación y encontrándose el menor en la unidad de cuidados intensivos con asistencia artificial, los médicos aconsejaron desconectarlo y aplicarle cuidados paliativos. Los padres reclamaron judicialmente con la idea de trasladar a su hijo a un hospital de Estados Unidos con el fin de recibir un tratamiento experimental. La primera instancia judicial rechazó la reclamación, retiró la custodia a los padres y confirmó la decisión médica. Recurrida en apelación, la resolución fue confirmada. Finalmente, el Tribunal Supremo ratificó la decisión.

El TEDH avaló la corrección de las prácticas médicas y reconoció los límites de la medicina, evitando toda terapia injustificada y desproporcionada. Los padres pueden decidir los tratamientos de sus hijos, pero dicha libertad no es absoluta. Hay que pretender el mayor beneficio de la persona por la que se decide.

## VIII. CONCLUSIONES

En el actual escenario jurídico, la voluntad de los menores, incluidos los menores maduros, ha perdido mucha relevancia.

Supuestamente *por su bien*, se quiere proteger al menor de sus propias decisiones. Dicho fin es bienintencionado, pero no podemos privar a los menores de su derecho a decidir cuando tienen capacidad natural para hacerlo. El interés superior del menor es el resultado de una suma de factores. La salud y la vida tienen un peso muy importante, sí, pero no es el todo. Los menores son objeto de derecho, pero, a veces, nos olvidamos de que también son sujetos de derecho.

En esta materia, no existe la regulación perfecta, está claro. Todas tienen sus carencias y sus ventajas e inconvenientes. Pero la opinión de los menores maduros nunca deber ser irrelevante. Aunque finalmente no sea tenida en cuenta, debe siempre tomarse en consideración. La ley lo dice: el interés superior del menor comprende atender sus deseos y preferencias. En la toma de decisiones, aun sin ser necesariamente vinculante, la voluntad de los menores debe tener siempre relevante protagonismo y, en la duda, ha de prevalecer.

Es conocido el llamado caso de Hannah Jones. Una niña británica de 13 años que, tras una leucemia, por culpa de la quimioterapia, quedó exhausta y, con el visto bueno de sus padres, se negó a recibir un trasplante de corazón. Los médicos, finalmente, a través de su comité de ética y empujados por la opinión pública, asumieron la decisión de la niña y no llevaron a cabo el trasplante. Eso sí, un año después, la joven cambió de opinión y el trasplante se practicó con éxito. Tal vez, entre todas las alternativas posibles, el destino quiso que finalmente se respetaran todos los intereses en juego.

Sea como fuere, muy necesario sería contar con una ley que regulara de forma global los derechos de los menores, haciendo especial hincapié en los menores maduros. Hemos visto como la edad va determinando la capacidad de las personas. Es lógico que así sea: a más años, mayor capacidad natural. Pero la regulación de sus facultades debe superar las actuales contradicciones: no es lógico que se exijan dieciocho años para comprar alcohol o hacer apuestas y, con menos edad, se pueda contraer matrimonio, tener un hijo o abortar.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Marín Castán, M. La polémica decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso Gard y otros contra Reino Unido. *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, N.º 43, 2018, págs. 261 y 276.
- Markova Ivanova, A. El derecho de autodeterminación del menor maduro en el ámbito de la salud. *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho*, N.º 6, 2017 (Ejemplar dedicado a: Estudios: derecho, salud y ciencias de la vida).
- Moreno Botella, G. Autonomía de la voluntad y tratamiento médico en menor o adulto inconsciente ante el TEDH: cuestiones éticas y problemas jurídicos. *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, N.º 35, 2019, págs. 571-597.
- Nevado Catalán, V. El interés del menor en situación de grave riesgo entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida. *Anuario de derecho civil*, Vol. 70, N.º 4, 2017, págs. 1543-1573.

**NEGATIVA DE LOS PADRES O DEL MENOR  
AL TRATAMIENTO CONFLICTOS LEGALES**

**Ilmo. Sr. D. Juan Calixto Galán Cáceres**

*Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Badajoz*

## **1. EL RETO DE LOS MENORES EN ESPAÑA ANTE LOS PROBLEMAS DE SU CAPACIDAD JURÍDICA DE ACTUACIÓN.**

De entrada, podemos señalar al respecto que nos encontramos en un momento de profunda evolución sociológica indicada y tendente hacia un mayor desarrollo en la capacidad de obrar de los menores, que en nuestra opinión viene articulada por diversas razones de las que algunas de ellas nos disponemos a esbozar.

En primer lugar, son aplicables las consideraciones generales de la autonomía de la voluntad completamente entroncadas con la libertad de decisión y la dignidad personal en la mayor parte de los aspectos vitales que física o psíquicamente puedan afectarles, y ante ello, no podemos olvidar en ningún momento la consideración personal del menor respecto al que su condición humana anuda de modo natural la libertad y el derecho a disponer de sus decisiones en torno a su cuerpo y a su salud física o psíquica, sin perjuicio de que sea preciso en algunas situaciones, y bajo determinadas premisas, integrar sus decisiones con un complemento de asistencia personal y representación legal que de modo general desempeñarán sus padres, o en su caso su tutor legalmente designado. Por tanto, y en principio podemos afirmar que las disposiciones de la ley 41/ 2002 de autonomía de la voluntad en general son proyectables a todas las personas, incluidos los menores de edad, si bien con las precisiones y limitaciones que abordaremos posteriormente.

En segundo lugar, tenemos que indicar que el escenario que ahora se abre ante nosotros a punto de cumplir el primer cuarto del siglo XXI difiere notablemente al que observábamos hace escasamente 25 o 30 años. Aunque los científicos nos indican que el cerebro deja de crecer como tal cuando cumplimos seis o siete años, el entramado neurológico no está completo hasta que cumplimos 30 años, y así lo expresa José María Bermúdez de Castro Codirector de las investigaciones de Atapuerca en una entrevista periodística en abril del año 2015. Sin embargo lo que es indudable, es que el desarrollo cognoscitivo y las herramientas del pensamiento se han visto notablemente enriquecidas a través de la vigente sociedad de la información, y aunque es indudable que la evolución biológica y psicológica de los menores es diferente según la concurrencia de variantes diversas que no nos ocupa entrar aquí, es lo cierto, y así lo reconocen la mayoría de los autores en psiquiatría y psicología, que el índice de maduración psicológica de los menores se ha adelantado, al contar estos con numerosos registros y conocimientos, en los que al margen de la particular educación individual, la sociedad de la información y su incesante traslación de datos aumentan y enriquecen no sólo los conocimientos, sino también una cierta pers-

pectiva más valorativa y crítica del mundo en que se desenvuelven los menores, que les hace acreedores de un ensanchamiento en sus parcelas de decisión y determinación, incluidas las que se encuentran en el ámbito sanitario y que directamente en un momento de su vida le pueden repercutir en primera persona en mor de recibir o no un determinado tratamiento médico o una posible intervención quirúrgica, con lo cual pensamos que la teoría del desarrollo cognoscitivo de los niños de Piaget respecto de los razonamientos científicos y combinatorios de los menores a partir de los 11 y 12 años, se ve ampliamente matizada en lo que la doctrina científica y jurídica ha dado en llamar como “menor maduro”, y de la que luego, por su especial interés nos ocuparemos más detalladamente.

En tercer lugar, la vieja concepción de la medicina paternalista y tuteladora de beneficencia, ha sido sustituida por la consideración del paciente como un elemento activo y determinante en la asistencia médica sin que se pueda realizar ninguna terapia ni acto médico que no cuente con el asentimiento y el deseo del mismo. Y en este sentido en consonancia con expresado anteriormente, el menor es un sujeto de derecho, con una capacidad limitada precisamente por incidencia de la edad, pero como tal receptor de la asistencia sanitaria su concurso y participación es imprescindible en la actividad médica que se le propone, procurando en la medida de lo posible, -y ese es el espíritu legal también -, que en ningún caso se encuentre al margen de lo que le concierne, de modo muy especial si ya ha cumplido los 12 años.

Si la mayoría de edad jurídica para numerosos actos de la vida civil y política se encuentra en los 18 años de edad como por imperativo legal nos lo indica nuestra vigente constitución en el artículo 12 y en el Art 335 del código civil, mucho más abierto y polémico es el planteamiento respecto de cuando podemos tener una mayoría de edad para decisiones de carácter sanitario. Podemos anticipar, como de un modo detallado analizaremos posteriormente, que en España esa mayoría se encuentra de modo general al alcanzarse los 16 años, si bien con algunas matizaciones que nos ocuparemos después.

Nos recuerda Davinia Cadenas (Profesora de la universidad Pablo de Olavide de Sevilla) en su trabajo a propósito del consentimiento informado de los menores y la negativa tratamiento después de la reforma del 2015, que menor de edad es todo aquel que no ha alcanzado la mayoría de edad, y nos insiste en la obviedad de esta afirmación, sin embargo, al margen de lo incontestable del carácter formal de esa aseveración, es lo cierto que los menores de edad, no por ello van a ser privados y desposeídos de un amplio arco de posibilidades de actuación en el ámbito de su

capacidad de obrar, ya que como nos expresa dicho autora, existen básicamente tres criterios estimativos para la determinación de la minoría de edad, y que por razones de extensión y de modo sintetizamos de modo comprensivo señalando que al criterio cronológico (de determinación únicamente por el paso del tiempo) se une – y como la propia Sra. Cadenas expresa - un criterio basado en la madurez o discernimiento del menor, que pretende la adopción de decisiones personalizadas y, en consecuencia, más adecuadas desde la perspectiva de la Justicia material. Fruto de estas perspectivas, efectivamente se puede abordar un criterio mixto, que al margen de que sea el que se recoge en la legislación civil para autorizar determinados actos jurídico según su edad, es lo cierto que a nosotros nos parece el más deseable, ya que el profesional médico a la hora de encarar una determinada decisión que afecte a la salud de un menor de edad sobre todo en la franja entre los 12 y 16 años, en nuestra opinión deberá combinar ambos datos, para valorar no sólo la edad biológica del paciente sino también ese desarrollo madurativo y de reflexión de las consecuencias de la dinámica tratamental que se le está exponiendo a fin de evaluar adecuadamente el grado de comprensión y la idoneidad decisoria tras haber recibido una información adecuada y motivada al caso concreto que se esté planteando, y en definitiva verificar pues si por sí solo y – con independencia de los mecanismos legales de integración de la voluntad – si el menor se encuentra concretamente capacitado para realizar una decisión con los registros mentales suficientes de comprensión para lo que se le exige en ese momento concreto.

Coincidimos con Davinia y Alventosa del Rio en que no cabe en respuestas apriorísticas totalitarias o que tengan un valor absoluto, es más, nosotros incidiremos precisamente en todo lo contrario, esto es, en la relatividad de los conceptos a fin de perfilar todas las circunstancias concurrentes: personalidad individual, perfil sociológico familiar y comunitario, así como de un modo especial el grado de desarrollo educativo, especialmente bajo la perspectiva de la comprensión del lenguaje y su capacidad reflexiva al respecto, en definitiva, lo que perder podríamos denominar como “menor maduro” en esa complicada y muy vasta franja de situaciones particularizadas que se presentan en los menores de los 13 a 16 años, ya que como precisa el mencionado Alventosa con el que coincidimos plenamente, un suficiente grado de madurez implica el conocimiento del contenido de los derechos que se ejercitan y de los efectos y las consecuencias de este ejercicio.

Muy probablemente, el lector tras estas líneas, y especialmente si es un profesional sanitario, se estará preguntando cómo es posible que nuestra carga sea tan pesada, donde además de diagnosticar correctamente y elegir el tratamiento médico ade-

cuado, tenemos también que efectuar un juicio psicológico sobre la suficiente madurez o no de un determinado menor de edad de 13 a 16 años. Ante ello nuestra respuesta viene conferida por una realidad legal que es muy definida, y que ha ubicado ahora en el siglo XXI indefectiblemente a los profesionales sanitarios en la asignación de nuevos roles impensables hace 30 años de los que no puede ni prescindir ni renunciar, porque la ley así se lo demanda y aunque es cierto de que no podemos exigir unos conocimientos de psicología detallados, es innegable que el médico en el ejercicio de su *lex artis* debe realizar tal evaluación de un modo prudente y responsable tras una entrevista reflexiva independiente y al margen de los padres o representantes legales de dicho menor para explicar la realidad de la asistencia sanitaria, de sus consecuencias y de la alternativa al tratamiento propuesto, para que el menor, si efectivamente tiene la madurez requerida, comprenda y se pronuncie sobre el mismo como sujeto pleno de dignidad y derechos.

## **2. UNOS PRECEDENTES HISTÓRICOS ALECCIONADORES.**

Al océano del derecho desembocan fluyendo los diversos mares del pensamiento social, político, sociológico y dogmático con sus correspondientes sedimentos de ideas, reflexiones, planteamientos y soluciones. Lo que hace unas décadas nos parecía impensable por anacrónico y socialmente inapropiado, vamos viendo cómo la esfera jurídica y el pensamiento dogmático se tienen que adaptar a los nuevos problemas con respuestas emergentes que indudablemente se irán tamizando con el paso del tiempo.

Es muy manida la afirmación del extraordinario cambio en la relación médico paciente, pero sin ninguna duda constituye un punto de partida para todas las nuevas consideraciones en relación con los seguimientos o renuncias a los tratamientos que el médico propone, y los menores no deben ser ausentes de estas nuevas reglas de relación sanitaria.

Sin ninguna duda para llegar a las leyes los precedentes fácticos y jurídicos, representa una senda luminosa que habitualmente alumbraba hacia las regulaciones normativas y nos hacen entender mejor porque un determinado conflicto jurídico se resuelve de una manera o de otra.

En relación con los tratamientos de los menores y las negativas emitidas por los mismos en torno a su recepción en los últimos años hemos asistido a diferentes casos que muchas ocasiones han sido conocidos por la prensa. Por nuestra parte nos

vamos a ocupar de algunos de ellos que han tenido una importante repercusión mediática y doctrinal. En primer lugar, vamos a recordar el supuesto de Hannah Jones a la que con cinco años los médicos determinaron que padecía leucemia, siendo sometida a tratamientos de quimioterapia y complementarios a lo largo de ocho años, y una vez que alcanzó los trece años de edad en el año 2.008, los especialistas sanitarios que la trataban advirtieron a la paciente y a sus padres de que tenía problemas muy graves de afectación cardiaca, y tras no ser eficaz la instalación de un marcapasos, devenía esencial realizar un trasplante de corazón para asegurar una prolongación de su vida. La niña, que, tras sufrir tantos años de asistencia hospitalaria y tratamientos, una vez informada al respecto, se negó a tal intervención médica, incluso con la advertencia de que su vida corría un serio peligro sino se prestaba a ello. Sus padres fueron respetuosos con la decisión adoptada, y realizada una evaluación psicológica por profesionales al respecto, concluyeron que Hannah había tomado una decisión comprensiva, seria y libremente adoptada, sin que fuera aconsejable integrar su capacidad de ninguna manera ya que había decidido plenamente y con libertad de criterio. Precisamente al año siguiente, cuando contaba con 14 años motu proprio decidió comunicar a los médicos que en ese momento estaba dispuesta a asumir el trasplante de corazón que se le había propuesto, y así se hizo. Afortunadamente ahora Hannah está viva y cuenta con 25 años. Cuando se le preguntó a Hannah porque se había negado un año antes, expresó ante los medios de comunicación, que en ese momento “ella era consciente de que optaba a una vida más corta, pero en casa”.

Es indudable que el relato anterior determina numerosos interrogantes respecto de la decisión inicial adoptada por la paciente, especialmente en torno a la posible consideración de una menor madura que se enfrenta a una decisión de carácter vital respecto a un tratamiento médico concreto. ¿se puede amparar a una chica de trece años que con un hartazgo asistencial dice no a un tratamiento que le puede salvar la vida? ¿decidir en un sentido negativo como ella hizo, razonablemente puede calificarse como una decisión madura? ¿Se puede obligar a toda costa a una paciente exhausta de someterse a una intervención médica, aunque sea vital? ¿sería realizarla por la fuerza? ¿al opinar los padres igual que la paciente, tendría que intervenir el estado y la autoridad judicial para proteger la vida de esta adolescente? y si los padres hubieran enfrentado a la menor, ¿qué hubiera sucedido?

Somos conscientes de que cuestiones tan al límite pueden generar soluciones de muy diferente sesgo según la perspectiva que adoptemos ante la situación inicial que presenta la paciente. Lo que resulta indudable, es que el derecho concedió a

una niña supuestamente madura la extraordinaria grandeza de decidir sobre el futuro inmediato no sólo de su salud sino también de su propia vida. Ya veremos sin embargo como en el derecho español si las autoridades hubieran tenido un conocimiento directo de la situación que se había planteado a Hannah la solución hubiera sido bien distinta, y muy probablemente – y lo afirmamos de modo hipotético- a la misma se le hubiera aplicado el trasplante desde el comienzo en que era imprescindible para su salud y en consecuencia para no arriesgar su joven vida. Pero de eso nos ocuparemos más adelante cuando analicemos la regulación legal en nuestro derecho positivo.

Nos parece interesante también comentar otro precedente que también se producen reino Unido y en concreto, y precisamente 23 años antes que el asunto de Hannah Jones, la Corte de los Lores dictó una sentencia con fecha de 17 de octubre de 1.985 que también generó una importante repercusión mediática, y ha sido objeto de amplios comentarios por parte de la doctrina, en concreto hablamos del caso *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another* [1986] 1 A. C. 112. E, donde un departamento de la seguridad social inglesa con carácter previo había publicado un guía en relación con el acceso a la planificación familiar. En la misma se reconocía el derecho de cualquier persona con independencia de su edad para estar habilitada para recibir formación y tratamientos en materia de planificación familiar, quedando en abierto la posibilidad de aplicar tratamientos anticonceptivos a los menores de edad de 16 años, sin perjuicio de que el médico con puro voluntarismo convenciera al /el menor de la conveniencia que esa decisión fuera adoptada con conocimiento y con el apoyo de sus progenitores. La señora Gillick madre de cinco hijas ante la situación presentada, y dado que toda su descendencia no alcanzaba los 16 años de edad impetró de la autoridad local que ningún caso se le administrase anticonceptivos a ninguna de sus hijas sin su autorización, petición que fue rechazada por dicha autoridad. Ante esa negativa, la mencionada Sra. decidió acudir al procedimiento judicial alegando fundamentalmente que todo lo relacionado con el consentimiento de sus hijas le afectaba al directamente a ella como representante legal de las mismas, y sobre todo que dicho consentimiento no se podía prestar de modo autónomo sino se alcanzaba la edad de 16 años. Como podemos observar el fundamento de la demanda se sostiene estrictamente en un ámbito cronológico, dejando a un lado los posibles criterios de madurez de las menores y el derecho a ser informadas al recibir un tratamiento médico que pudiera ser afectado e incluso solicitado por las mismas, y precisamente este es uno de los criterios que sostiene la Alta Corte de Justicia que dictó la primera sentencia rechazando la

pretensión de la demandante, siendo así, que no conforme con el fallo de esa resolución, Ms Gillick decide recurrir en apelación la misma, obteniendo entonces de la Corte de Apelación una sentencia favorable, que en esta ocasión no es consentida por la autoridad de la seguridad social acudiendo finalmente a la Corte de los Lores, que en consonancia con la resolución judicial inicial, y el planteamiento de la propia autoridad que había elaborado la guía, resuelve que como tal no existe un límite de edad aunque sea inferior a 16 años el menor en cuestión, sino que lo importante es la inteligencia la madurez y la capacidad de comprensión tanto para la información en materia anticonceptiva como para la propia utilización de sus tratamientos en este sentido.

Davinia Cadenas en el trabajo que hemos mencionado, nos recuerda finalmente el caso también en el ámbito británico de un menor de quince años que padecía leucemia y que necesitaba transfusiones sanguíneas cada cierto tiempo, y se negaba con contundencia a la recepción de las mismas dada su condición religiosa de testigo de jehová.

Este asunto nos recuerda ciertamente mucho al que vivimos en derecho español que en un menor de trece años falleció tras una caída de bicicleta, tras sentencia condenatoria en la jurisdicción ordinaria (la última del Tribunal supremo) contra los padres por posible negligencia pasiva en el tratamiento de su hijo, nuestro Tribunal Constitucional determinó la absolución de los mismos, mediante la Sentencia 154/2002. Pero en lo que a la conducta del menor interesa reseñaba el TC *“En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza —y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas— que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar. Pero ello no obstante, es oportuno señalar que la reacción del menor a los intentos de actuación médica — descrita en el relato de hechos probados— pone de manifiesto que había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos.*

Retomando nuevamente el asunto del niño británico con leucemia, en esta ocasión, dado el inminente riesgo vital que suponía no realizar las transfusiones, los jueces ingleses concluyeron en una resolución del año 1.992 que el menor en cuestión no tenía capacidad de comprensión suficiente ni para asumir el proceso y las consecuencias de su muerte de modo personal ni tampoco en su ámbito familiar.

### 3. LA SITUACIÓN LEGAL EN ESPAÑA.

Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 26/2.015 de 28 de julio que modifica el Art 17.10 de la LOPJM ( Ley orgánica de protección jurídica del menor), y muy especialmente con la revisión del artículo 9 de la Ley de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP), el criterio esencial y al que médica y jurídicamente hay que atender en todo momento es siempre procurar el mayor beneficio para la vida o la salud del paciente, como nos indica de modo expreso el párrafo 6º del mencionado del texto que regula todo lo concerniente al consentimiento , y en su caso a la posible negativa a un tratamiento médico que se estima adecuado por parte del facultativo. Y es que es importante poner de relieve, compartiendo expresamente la opinión de María Teresa Posadas en la obra “Derechos fundamentales de los menores” que *“el menor inmaduro no tiene capacidad para ejercer el derecho de autodeterminación que le permitiría rechazar el tratamiento, y los derechos de los padres, como el derecho a la libertad religiosa, tienen como límite el interés superior del hijo.*

Es preciso pues expresar cuales la regulación normativa en nuestro ordenamiento español, de cara a centrar las posibilidades de una negativa a tratamientos médicos por parte del menor. Y en tal sentido es esencial el contenido del tan citado artículo 9 de la LAP.

1. *La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.*

Del párrafo referido nos llama la atención ya que entendemos que en cierto modo se produce una laguna normativa, y es que efectivamente los padres

pueden no querer información, pero si lo puede desear el menor de edad que tiene madurez o con edad de más de 12 años.

2. *Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:*

a) *Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. (como podemos observar a aquí no se distingue entre mayor y menor de edad.)*

En este sentido, y bajo la cobertura de este precepto resulta reseñable que la Fiscalía recientemente ha intervenido propiciando la decisión judicial en un procedimiento o de internamiento forzoso de un menor de edad en un centro de protección por haber dado positivo a la enfermedad del Covid 19, al tratarse de un agente contagiador, existiendo una oposición expresa por parte del menor.

En segundo lugar,

b) *Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.*

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

a) *Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o, de hecho. (Incluidos aquí los casos del menor maduro, mayor de 16 años o emancipado o cualquier mayor de edad.). Ejs. - Intoxicación etílica, drogas, pérdida de conocimiento, etc.*

b) *Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.*

- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. (¡Ojo, no nos dice nada de la edad del menor...) En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En cuanto al derecho a ser oído y escuchado por parte del menor, es imprescindible recurrir también a la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*

*En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.*

4. *Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.*

*Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.*

*No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.*

5. *Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, (discapacitado en Stcia y casos de imposible comprensión del menor) no cabe prestar el consentimiento por representación. (los presta obviamente el propio menor)*

*No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.*

6. *En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, (paciente no sea capaz de tomar decisiones, discapaces por sentencia y menor que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.) la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.*

7. *La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos*

*de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.*

#### **4.- BREVES CONCLUSIONES FINALES.**

- a) En principio la mayoría de edad sanitaria para aceptar o denegar un tratamiento comienza al cumplir el menor los 16 años de edad o al alcanzar su emancipación.
- b) De la regulación legal se extrae claramente que los profesionales sanitarios en los casos de urgencia vital o de mucha gravedad para la salud del paciente, deben operar con la máxima celeridad en la obtención de los consentimientos oportunos, y si no fuera posible el del propio paciente (algo que sucede muy a menudo) deben de obtenerlo de sus representantes legales (en el caso de menores e incapacitados), o personas vinculadas al mismo, teniendo presente, especialmente en el caso de los menores que el consentimiento no prestado para una urgencia vital o una situación de extrema gravedad puede ser solicitado a la autoridad judicial con la intervención del Ministerio Fiscal, y aunque el cauce legal oportuno sería un expediente de jurisdicción voluntaria por la jurisdicción civil, dada la premura de tiempo y la necesidad de abstención de esa autorización para la intervención médica, deberá acudir se comparezca al juzgado de guardia a los efectos legales que sean procedentes. Y obviamente si no diese tiempo para obtener un consentimiento, sería prioritario por el /los facultativos adoptar los actos médicos que fueron necesarios para salvar la vida del paciente.
- c) El respeto a la autonomía de la voluntad personal de aquellos menores que tengan capacidad de entender y comprender las consecuencias de sus decisiones en el ámbito sanitario debe ser la norma que determine tanto las decisiones de carácter médico como las jurídicas, y en este sentido resulta clave la valoración de la madurez del menor. En coherencia con este postulado, es necesario que se profundice en los mecanismos necesarios para que la evaluación de la madurez de los menores se realice por parte de las instituciones sanitarias y de asistencia social de un modo eficiente y con los medios necesarios para que esas valoraciones arrojen resultados certeros y positivos, minimizando al respecto o los posibles errores que se puedan cometer en un ámbito o trascendente y de tanta importancia para la propia salud y vida de los menores afectados. Por ello toda la vertiente dogmática doctrinal y juris-

diccional abunda en conceder relevancia a las decisiones del menor maduro el presupuesto de esa capacidad mental, que es algo muy serio, y que -insistimos- debe de quedar al margen de improvisaciones y establecer el correspondiente protocolo asistencial al respecto cada vez que ello sea necesario.

- d) En coherencia con todo lo anterior, es lo cierto que todas las decisiones jurisdiccionales que inciden en las posibles restricciones de la libertad y del ámbito de decisión de aquellas personas que por una razón u otra pueden estar privadas de poder hacerlo libremente, a estas alturas del siglo XXI, nuestros Tribunales, incluida su más alta instancia en la jurisdicción civil que es la Sala Primera del Tribunal Supremo nos insisten – y en los últimos tiempos de un modo cada vez más acentuado – que las restricciones que se puedan imponer a las personas que padezcan algunas limitaciones para determinar libremente lo que les afecta a su vida de modo general y también a su salud, deben ser adoptadas con un carácter muy excepcional y restrictivo. Prueba de ello, es lo que está ocurriendo y de modo paralelo en el ámbito de los incapacitados, donde las últimas sentencias del propio Tribunal Supremo y también de las Audiencias Provinciales, son cada vez más proclives a graduar con concreción, que decisiones pueden adoptar las personas que padecen alguna discapacidad. y necesitan un mecanismo de integración, que puede ser naturalmente la tutela (para supuestos de discapacidades más plenas) y la curatela para integrar ámbitos de decisiones parciales, y con mayor núcleo de individualidad.

En tal sentido nos parecen destacables, por su proyección inmediata a los menores maduros las siguientes y recientes resoluciones que brevemente comentamos:

1. *Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre del 2.017.*

Las restricciones a la capacidad de las personas son excepcionales, y en todo caso las medidas limitativas para su capacidad de actuar deben ser excepcionales, estrictamente necesarias, y proporcionales y adaptadas las circunstancias concretas que concurren en la persona en cuestión.

Solo es preciso completar solo aquellas decisiones que no pueden ser libre y conscientemente adoptadas por la persona, incluidas aquellas en que tiene que tomar determinaciones sobre su salud (autorizar tratamientos médicos, vacunas, etc.), como en concreto menciona también la importante y reciente sentencia de la Audiencia de Barcelona Secc 18ª de 19 de febrero del 2.021.

2. En este ámbito de reforzamiento de la libertad individual, en Extremadura hemos tenido una sentencia muy interesante en la medida en que la *Audiencia Provincial de Badajoz en Sentencia de 14 de septiembre del 2020* revocando la decisión inicial desestimatoria del Juez de 1<sup>ª</sup> Instancia ha permitido que un declarado incapaz, pueda legalmente hacer testamento para disponer sobre sus bienes, en la medida en que entiende que el incapaz estaba habilitado mentalmente para comprender la decisión sobre el destino de sus bienes para después de su muerte, y decidir libremente el reparto de los mismos entre sus cinco hijos de la formas y manera que él entendiese oportuna.
3. Finalmente, con carácter muy reciente, y coincidente con nuestro criterio legal del “mayor beneficio para el paciente” en materia de vacunación infantil, la *Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en resolución de 7 de abril del 2.021* se ha mostrado favorable para la vacunación obligatoria de los niños y la intervención estatal en ese sentido negando que pueda concurrir ninguna vulneración del convenio europeo de derechos humanos con una mayoría de 16 votos frente a uno en relación con una reclamación de padres checos que habían sido multados por negarse a vacunar a sus hijos.

## BIBLIOGRAFÍA

- El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el common law (Anuario de derecho civil. Núm. LXXI-III, octubre 2018. Davinia Cadenas Osuna pp: 789-85.
- Desarrollo cognitivo . Lasteorias de Piaget y Vygotsky. (Aurelia Rafael Linares) [http://www.paidopsiquiatria.cat/files/teorias\\_desarrollo\\_cognitivo\\_0.pdf](http://www.paidopsiquiatria.cat/files/teorias_desarrollo_cognitivo_0.pdf) .
- El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida Verónica Nevado Catalán Anuario de Derecho Civil.Núm. LXX-IV, octubre 2017. Páginas: 1543-1573
- Derechos fundamentales de los menores ( Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia) Autor: M<sup>a</sup> Teresa Posada Fernández. Editorial Dykinson Año 2.018. pp: 197-215.

**DISFUNCIONES ASISTENCIALES CON  
PACIENTES MENORES DE EDAD:  
UN ENFOQUE DESDE LA ÉTICA Y  
LA DEONTOLOGÍA**

**Dr. D. Manuel Fernández Chavero**

*Medicina del Trabajo*

*Presidente de la Comisión de Deontología del  
Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz*

*Secretario de la Comisión Central de Deontología.  
Organización Médica Colegial*

Las relaciones de padres e hijos han sido a lo largo de la historia motivo de conflictos. Casi siempre derivados de pareceres distintos sobre un sinfín de cuestiones de variada índole. Esta discrepancia intergeneracional se ha ido modificando en el tiempo en función del progreso social, moral, económico, tecnológico y como no podía ser de otra manera también del progreso médico.

Si pensamos que las relaciones con nuestros hijos son ahora más difíciles que nunca nos llevará a cometer un craso error. Bien es cierto que ha habido momentos históricos en los que los jóvenes estaban más preocupados de vivir para sobrevivir y ahora la preocupación quizás sea la de vivir para bien vivir.

Sirva como curiosidad, antes de adentrarnos en este capítulo, tres reflexiones, algunas de grandes pensadores y filósofos, para entender lo que canta un famoso artista *“La vida sigue igual”*.

**Escrito en un vaso de arcilla descubierto en las ruinas de Babilonia con más de 4.000 años de existencia.**

*“Esta juventud esta malograda hasta el fondo del corazón. Los jóvenes son malhechores y ociosos. Ellos jamás serán como la juventud de antes. La juventud de hoy no será capaz de mantener nuestra cultura”.*

**Hesíodo, poeta griego (720 a.JC.)**

*“Ya no tengo ninguna esperanza en el futuro de nuestro país si la juventud de hoy toma mañana el poder, porque esa juventud es insoportable, desenfrenada, simplemente horrible”.*

**Atribuido a Sócrates por Platón.**

*“Cuando los padres se acostumbran a dejar hacer a sus hijos; cuando los hijos ya no toman en cuenta lo que aquellos dicen; cuando los maestros tiemblan ante sus alumnos y prefieren adularlos; cuando, finalmente, los jóvenes desprecian las leyes, porque ya no admiten por encima de ellos la autoridad de nada ni de nadie, es el principio de la tiranía y el fin de la pedagogía”*

Toda atención médica es siempre compleja, como lo son todas las relaciones interpersonales, pero la referida al menor adquiere aun mayor complejidad porque en torno al menor existen otros protagonistas de una vital importancia en la toma de decisiones: los padres o sus representantes legales.

El acto médico tiene su base en la relación médico y paciente. Una relación asimétrica, exclusiva y de gran peculiaridad. El que tiene el problema no tiene el conocimiento para darle solución y quien posee el conocimiento no vive el problema. Ambos se necesitan. Esa asimetría obliga al médico a una activa atención y un esfuerzo permanente en poner los medios para comprenderle.

La relación asistencial que se establece es de carácter contractual, contrato de medios y en ocasiones de resultados. El médico aporta sus conocimientos y experiencia y el paciente debe aportar información sobre sus dolencias y necesidades. Una relación que debe pivotar en torno a una confianza mutua.

Esta relación es más compleja cuando el paciente es un menor. Entran en juego aspectos legales, éticos, deontológicos, familiares, sociales etc. acerca del papel del menor. Hay menores de gran capacidad de juicio, menores maduros, y hay otros menores con menos capacidades. La pubertad y la adolescencia son edades difíciles donde están en ebullición todos los ingredientes que convertirán al menor en un adulto.

Por otro lado, tenemos a los padres o sus representantes legales a los cuales no se les puede ni debe ignorar. Si los informo sin deber hacerlo ¿qué ocurre con la confidencialidad que le debo al menor? Y si callo debiendo informar incumplo con mi deber asistencial de información.

Aun se puede complicar más. Matrimonios o parejas divorciadas o con mala relación entre ellos que están en desacuerdo. E incluso el caso contrario: padres de acuerdo e hijos en desacuerdo. Y es cuando nos surgen las dudas y las preguntas:

*¿Qué hacemos los médicos?*

*¿Qué criterios usaremos?*

*¿Qué atendemos y qué no?*

*¿Podemos pedir auxilio? ¿A quién y cómo?*

### **CONCEPTO DE MENOR MADURO:**

*“Se define como menor maduro a aquel menor con capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención de que se trate. En esta situación se*

*encuentran los menores de 16 y 17 años que no sean incapaces o estén incapacitados, los menores emancipados y los menores de menos de dieciséis años cuando, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir; esto es, que sean capaces de comprender la naturaleza y las consecuencias de una determinada actuación en el ámbito de la salud”.*

La valoración del grado de madurez le corresponde al médico responsable del proceso asistencial.

La valoración es multifactorial pues dependerá de la edad, de la educación recibida, del nivel intelectual e instrucción académica, de las experiencias vividas etc.

Por supuesto la madurez exigida no tiene que ser la misma para todo tipo de actos médicos. Los hay muy sencillos y muy complejos.

### **NECESIDAD DEL CONCEPTO DE MENOR MADURO:**

Cada grupo de edad tiene sus características propias y en todas ellas será necesario intentar establecer el grado de madurez.

### **¿QUIÉN EVALÚA?:**

#### **EL MÉDICO**

#### **¿Qué se debe comprobar?**

- *Que comprende adecuadamente su problema de salud y su situación.*
- *Que entiende la información que se le transmite.*
- *Comprende el objetivo del tratamiento.*
- *Razona los motivos que explican su decisión.*
- *Pondera riesgos/beneficios de las opciones.*
- *Repercusión de sus decisiones sobre su salud.*

### **VALORACIÓN DE LA MADUREZ DEL MENOR**

#### **Actitud del médico:**

- *Escucha atenta, respetuosa y activa.*

- *Esfuerzo por comprenderlo en su estilo de vida.*
- *Identificar y entender sus valores.*
- *Argumentar racionalmente los cursos posibles de actuación.*
- *Transmitir y esclarecer el marco legal.*
- *Aconsejar.*
- *Ayudar e informar en el caso de que elija una opción diferente.*

### **CALIDAD DEL RAZONAMIENTO DEL MENOR**

- *Lógico, secuencial, coordinado, comparativo.*
- *Sentido adecuado en la ponderación de las razones.*
- *Coherencia entre lo que previsiblemente sucederá.*
- *Consistencia interna en todo el proceso.*
- *Forma en que se concreta la decisión.*

### **EL MÉDICO COMO GARANTE DEL MENOR:**

- *Respeto a su dignidad.*
- *Respeto a su intimidad.*
- *Respeto a su seguridad.*
- *Respeto a lo que le sea más favorable.*

### **CONFIDENCIALIDAD CON EL MENOR**

Hay dos derechos que necesitan ser conjugados:

- El derecho del menor a la intimidad y confidencialidad de sus datos sanitarios.
- El derecho de los padres a la información y conocimiento de los mismos.

Por tanto tomar la decisión correcta no es fácil. En este dilema están implicados aspectos éticos, deontológicos y jurídicos y hay una fina línea para conseguir el equilibrio en aras de una buena relación profesional.

### **TRAMOS DE EDAD:**

Se distinguen tres tramos diferenciados:

- MENORES DE 12 AÑOS
- MENORES DE 12-16 AÑOS
- MENORES DE 16-18 AÑOS

Antes de empezar a valorar las características de cada tramo de edad conviene tener muy claras tres ideas:

- Buscar siempre el mayor beneficio para la vida o salud del menor.
- Cuando la decisión de los padres o representantes legales sean contrarias a la vida o salud del menor... JUEZ.
- En situaciones urgentes y graves... MÉDICO.

### **DECLARACIÓN DE LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DE LA OMC. AÑO 2016: ACTUALIZACIÓN DE LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA SOBRE ASISTENCIA MÉDICA AL MENOR MADURO EN SITUACIONES DE RECHAZO AL TRATAMIENTO DE JUNIO 2015.**

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

### **MENORES DE 12 AÑOS:**

Tres supuestos:

- *El menor deberá ser oído, si bien el consentimiento deberá ser siempre prestado por su representante legal.*
- *Cuando las decisiones de los representantes legales sean contrarias a la vida o salud del menor: Juzgado de Guardia, bien directamente por el facultativo o a través del Fiscal.*
- *Ante situaciones urgentes en las que exista grave riesgo para la vida o salud del menor el médico directamente deberá adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del mismo.*

**MENORES DE 12-16 AÑOS:**

Tras la valoración del grado de madurez del menor por el médico responsable se pueden dar dos situaciones:

- *El médico considera que el menor es maduro para tomar decisiones.*
- *El médico considera que el menor no reúne las condiciones necesarias de madurez.*

**A: El médico considera que el menor es maduro para tomar decisiones:**

Cinco supuestos:

- *Ante actos médicos de bajo riesgo y habituales, es suficiente el consentimiento del menor, si bien los padres y/o representantes legales deben ser informados.*
- *En los casos de gravedad o riesgo se debe consultar también a los representantes legales y solicitar el oportuno consentimiento.*
- *Si el menor se niega a una intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, y los representantes legales son favorables a que se realice la misma, el médico podrá, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención.*
- *Si tanto el menor maduro como sus representantes legales rechazan la práctica de un acto médico que implique grave riesgo para su vida o salud, el médico deberá plantear el conflicto ante el juez sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia, sin autorización judicial, deberá adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del menor.*
- *Si el menor maduro presta su consentimiento a una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, y son los representantes legales los que se oponen, prevalece la capacidad del menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.*

**B: El médico considera que el menor no reúne las condiciones necesarias de madurez:**

Tres supuestos:

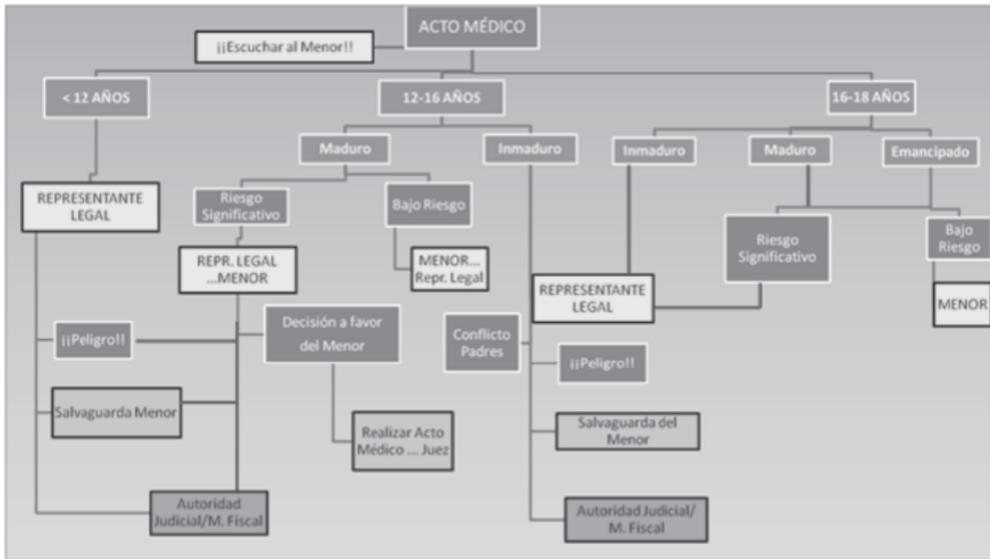
- *El consentimiento para los tratamientos médicos habrá de ser prestado por los representantes legales.*

- *Si los representantes legales no consienten una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud: Juzgado de Guardia. No obstante, ante situaciones urgentes el médico debe adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del menor.*
- *En caso de conflicto o de desacuerdo de los padres entre sí: Juez.*

### **MENORES DE 16-18 AÑOS:**

Cuatro supuestos:

- *Ante actuaciones asistenciales ordinarias, cuando se trate de menores mayores de 16 años o emancipados, salvo que se encuentren incapacitados judicialmente o que no sean capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, no cabe prestar el consentimiento por representación.*
- *Cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.*
- *Cuando menores maduros mayores de 16 años rechacen la práctica de un acto médico ante una situación clínica que implique grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales dicha decisión, el médico deberá plantear el conflicto ante el juez de guardia, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia, sin autorización judicial, deberá adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del menor.*
- *Si aún siendo mayor de 16 años el menor no es capaz emocional ni intelectualmente de comprender el alcance de la intervención, independientemente del tipo de actuación médica, los representantes legales deberán otorgar el consentimiento por representación.*



Actualización de la Asistencia al Menor Maduro en situaciones de rechazo al tratamiento. Declaración Comisión Central Deontología. Organización Médica Colegial. Mayo 2016

**DOS SUPUESTOS CLÍNICOS DE ESPECIAL CONSIDERACIÓN:**

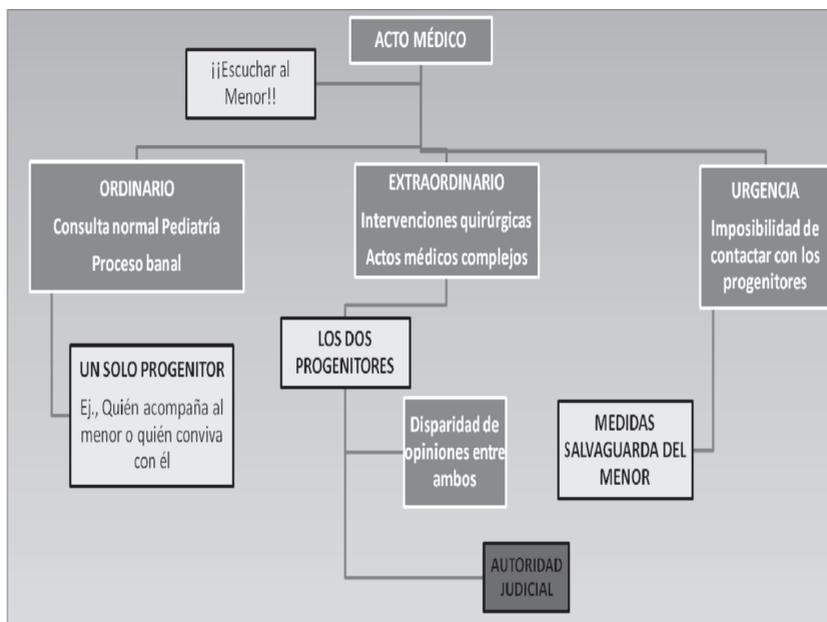
- Asistencia médica a hijos menores de matrimonios separados
- Consentimiento de menores ante tratamientos de cirugía estética y/o plástica.

**A: Asistencia médica a hijos menores de matrimonios separados:**

Cuatro supuestos: Es preciso distinguir entre actos médicos ordinarios de aquellos que son extraordinarios.

- Entre los primeros, podríamos incluir la asistencia a una consulta de pediatría para un control rutinario o incluso por un proceso banal. En estos casos, la decisión será asumida por el progenitor, bien con el que convive el menor o con el que acude a la consulta, no siendo preciso obtener el consentimiento del progenitor ausente para realizar el tratamiento propuesto por el médico, sino que será suficiente con que el progenitor que acompaña el menor lo preste (art. 156 del Código Civil).

- Para actos extraordinarios es preciso el consentimiento de ambos progenitores.
- Si se trata de un caso de urgencia, en el que no es posible esperar a obtener el consentimiento de ambos progenitores, se deberán adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud incluso aunque uno o los dos progenitores hayan expresado su opinión en contra, dejando constancia en la historia clínica la necesidad de la actuación médica. Con posterioridad, se trasladará el caso al Juzgado de Guardia.
- En el caso de que exista una desavenencia entre ambos progenitores respecto a la decisión a tomar: Juez

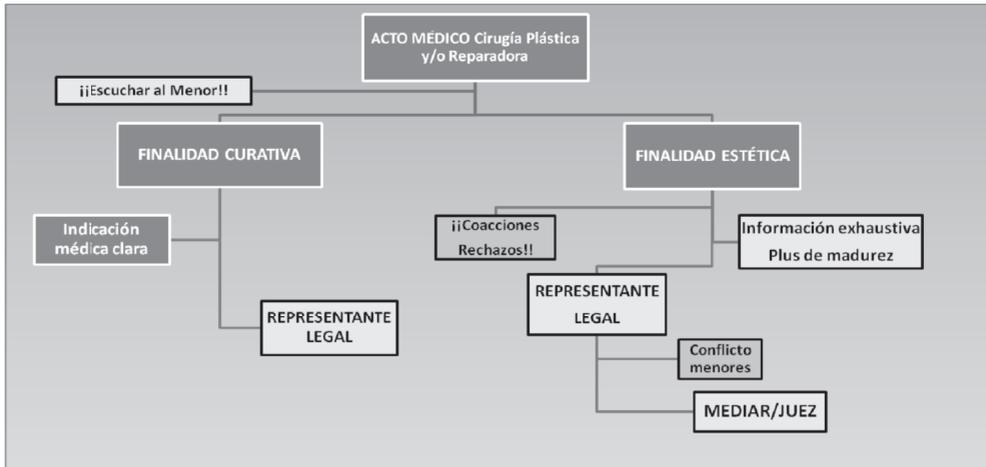


## B: Consentimiento de menores ante tratamientos de cirugía estética y/o plástica:

3 supuestos:

- Cirugía plástica o reparadora, sin especial riesgo, con indicación médica y acuerdo de los padres: Se realiza la intervención.
- En intervenciones de cirugía estética, con la finalidad de obtener una mayor armonía facial y corporal, aun contando con el consentimiento del menor maduro, en menores de 18 años, siempre deberá contarse con el consentimiento de los padres y/o representantes legales.

- Si la negativa de los padres y/o representantes legales generara en el menor un conflicto grave y no se llegara a un acuerdo: Juez



**CONCLUSIONES:**

- Es preciso encontrar el equilibrio entre la mayor y mejor protección del menor y el respeto a su progresiva capacidad de comprender y decidir (autonomía).
- En asistencia sanitaria corresponde al médico el papel de garante de los derechos del menor y de que las decisiones se tomen siempre en su mayor beneficio.
- Cuando el propio menor y/o quienes lo representen toman decisiones contrarias al beneficio del menor, el médico recurrirá al Juez para que éste autorice la conducta médica a seguir.
- En situaciones de urgencia vital el médico tomará la decisión que el juicio clínico y el ético-deontológico recomienden.

**PAPEL DEL MÉDICO CUANDO LOS PADRES O REPRESENTANTES DEL MENOR NO SIGUEN SU MEJOR Y MAYOR INTERÉS**

El médico deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Código de Deontología Médica de la OMC. Año 2011.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 15, de 17/01/1996
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23/07/2015
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29/07/2015
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. GACETA de 25 de Julio de 1889. Vigencia desde 01 de mayo de 1889. Revisión vigente desde 25 de junio de 2021 hasta 02 de septiembre de 2021
- Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 17 de abril de 2013.
- Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado en relación con el tratamiento antes conflictos como transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.
- Declaración de la Comisión Central de Deontología de la OMC. Año 2016: Actualización de la CCD sobre Asistencia Médica al Menor Maduro en Situaciones de Rechazo al Tratamiento.
- <https://andreyferreiroabogados.com/blog-2/>

# **EL MENOR DE EDAD ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

**Prof. Dr. D. Mariano Casado Blanco**

*Especialista en Medicina Legal y Forense*

*Profesor de Medicina Legal. Facultad de Medicina de Badajoz*

*Universidad de Extremadura*

*Secretario del Ilustre Colegio Oficial de Médicos*

*de la provincia de Badajoz*

## 1. REPASO CONCEPTUAL.

La expresión<sup>1</sup> *violencia de género* se corresponde con la traducción del inglés *gender-based violence* o *gender violence*, expresión que fue difundida a raíz del Congreso sobre la Mujer celebrado en Pekín en 1995 bajo los auspicios de la ONU. Con ella quedaba identificada tanto la violencia física como la psicológica, que se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo, como consecuencia de su tradicional situación de sometimiento al varón en las sociedades de estructura patriarcal.

Progresivamente en este concepto de “violencia” se ha incluido a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia por parte del compañero íntimo, dando así visibilidad a estos niños y niñas que, a pesar de verse inmersos en el proceso que implica una situación de violencia de género, durante mucho tiempo no fueron considerados legal ni socialmente como víctimas directas, lo que implícitamente conllevaba la dificultad sobreañadida en referencia al proceso de intervención y de posterior recuperación.

Este tipo de violencia puede ser conceptualizada como una forma más de maltrato infantil, en la medida en que se encuadra en la definición de la Organización Mundial de la Salud, que lo define como *“El maltrato o la vejación de menores abarca todas las formas de malos tratos físicos y emocionales, abuso sexual, descuido o negligencia o explotación comercial o de otro tipo, que originen un daño real o potencial para la salud del niño, su supervivencia, desarrollo o dignidad en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder”*.<sup>2</sup>

En este capítulo se hará referencia al “menor de edad” en la denominada “Violencia de Género”, pero desde tres vertientes diferentes. Una primera dedicada al “menor de edad” como víctima de este tipo de violencia. La segunda centrada en la violencia de género generada entre “menores de edad” y la referida a la violencia ejercida por el “menor de edad”

---

1 Con respecto a esta expresión la Real Academia Española elaboró un Informe en el año 2004, donde se planteaba si esta expresión es adecuada en español desde el punto de vista lingüístico y si existen alternativas que permitan sustituirla con ventaja y de acuerdo con otras fórmulas de denominación legal adoptadas por países pertenecientes al área lingüística románica y con el uso *mayoritario* de los países hispano hablantes y donde venía a resumir que la denominación más correcta debía ser “o por razón de sexo”

2 Dicha definición fue acordada en el año 1999, durante la Reunión de Consulta de la OMS sobre la Prevención del Maltrato de Menores.

## 2. EL “MENOR DE EDAD” COMO VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO:

La Organización Mundial de la Salud<sup>3</sup>, define genéricamente la *violencia* como, “*El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones*”, incluyendo tanto acciones físicas como intimidaciones o amenazas.

La misma Organización fija la definición, sobre la *violencia contra los niños y las niñas* indicando que se trata de “*el uso deliberado de la fuerza o poder, real o en forma de amenaza que tenga o pueda tener como resultado lesiones, daño psicológico, un desarrollo deficiente, privaciones o incluso la muerte*”<sup>4</sup>.

Y, como tercera referencia normativa y definitoria, destaca el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* (Convenio de Estambul, 2011)<sup>5</sup>, el cual, establece, en su artículo

- 
- 3 Una de las razones por las que apenas se ha considerado la violencia como una cuestión de salud pública es la falta de una definición clara del problema. La amplia variedad de códigos morales imperantes en los distintos países hace de la violencia una de las cuestiones más difíciles de abordar en un foro mundial. Todo esto viene complicado por el hecho de que la noción de lo que son comportamientos aceptables, o de lo que constituye un daño, está influida por la cultura y sometida a una continua revisión a medida que van evolucionando los valores y las normas sociales. La definición comprende tanto la violencia interpersonal como el comportamiento suicida y los conflictos armados. Cubre también una amplia gama de actos que van más allá del acto físico para incluir las amenazas e intimidaciones. Además de la muerte y las lesiones, la definición abarca igualmente innumerables consecuencias del comportamiento violento, a menudo menos notorias, como los daños psíquicos, privaciones y deficiencias del desarrollo que comprometen el bienestar de los individuos, las familias y las comunidades.
  - 4 <http://www.unicef.org/violencestudy/spanish/index.html>. [acceso el 23 de diciembre de 2020]
  - 5 La importancia del Convenio estriba en que supone el primer instrumento de carácter vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, y es el tratado internacional de mayor alcance para hacer frente a esta grave violación de los derechos humanos, estableciendo una tolerancia cero con respecto a la violencia hacia la mujer. La violencia contra la mujer se reconoce en el Convenio como una violación de los derechos humanos y como una forma de discriminación, considerando responsables a los Estados si no responden de manera adecuada. Los fundamentos del Convenio son:
    - Prevenir la violencia, proteger a las víctimas y entablar acciones judiciales contra los agresores.
    - Sensibilizar y hacer un llamamiento a toda la sociedad, especialmente a los hombres y niños, para que cambien de actitud y rompan con una cultura de tolerancia y negación que perpetúa la desigualdad de género y la violencia que la causa.
    - Destacar la importancia de una actuación coordinada de todos los organismos y servicios oficiales pertinentes y la sociedad civil.

26, la necesidad de proteger y apoyar a los niños testigos, al señalar que: *“las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en la oferta de servicios de protección y apoyo a las víctimas, se tengan en cuenta adecuadamente los derechos y necesidades de los niños testigos de todas las formas de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio”*

Todos estos conceptos se vieron reflejados a nivel del Estado español en el ámbito de la legislación de *“menores”*. Concretamente la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*,<sup>6</sup> establecía en su Exposición de Motivos, que esta Ley abarca los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas. Igualmente se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula.

Realmente, las cifras reflejan que tanto los niños como las niñas, así como los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género son víctimas también de la violencia de género, y como tales deben ser atendidos y contemplados por el sistema de protección<sup>7</sup>. Y se considera que son víctimas, porque sufren agresiones directas en no pocas ocasiones, ya que contemplan la violencia entre sus padres o incluso porque simplemente viven en un entorno donde las relaciones violentas y el abuso de poder están muy presentes, con lo cual poco a poco este contexto va progresivamente ocasionando daños el desarrollo de estos menores.

---

- La recogida de datos estadísticos y de investigación sobre todas las formas de violencia contra la mujer.

El Convenio contempla como delito todas las formas de violencia contra la mujer: la violencia física, psicológica y sexual, incluida la violación; la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso, el aborto forzado y la esterilización forzada. Esto implica que los Estados deberán introducir en sus sistemas jurídicos estos delitos. La práctica totalidad de las conductas incluidas en el Convenio son perseguidas en el ordenamiento jurídico español.

6 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313 de 29 de diciembre de 2004.

7 Save the Children realizó una investigación durante el año 2005 publicada en 2006, para analizar si el sistema evaluaba al niño y a la niña como víctima de violencia de género con lo que esto conlleva: dotación de recursos, creación de equipos y profesionalización de la intervención con estos niños y niñas.

Aunque, objetivamente los menores ya quedaban incluidos en la Ley de 2004<sup>8</sup>, fue preciso desarrollar los recursos que en ella se contemplaban, dándole presupuesto y adoptando medidas para que, por parte de las diferentes instituciones implicadas, se pudieran adoptar las actuaciones necesarias para la protección, que, como señalaba Osofsky en *“las víctimas invisibles”* de esta lacra social. (Osofsky J.D., 1999).

Del mismo modo, las Comunidades Autónomas fueron paulatinamente adaptando su marco legal a esta problemática, y promulgando normas legales en referencia a la violencia sobre la mujer en las que incorporan aspectos relacionados con la atención a los hijos de las víctimas y reconociendo sus derechos como víctimas también de esta violencia.

### 3.- LA VIOLENCIA DE GÉNERO ENTRE “MENORES DE EDAD”.

Hace ya algunos años, concretamente en el año 2010, me atreví a decir en una entrevista en la prensa regional que: *“La adolescencia es una de las franjas con más violencia de género”*<sup>9</sup> a lo que siguieron múltiples comentarios, algunos de ellos ciertamente que hirientes. Pasados algunos años esta frase sigue siendo actualidad, ya que la realidad muestra que esta violencia se da también entre adolescentes, donde las “relaciones de pareja” se presentan como una de las expresiones más desconocidas de la violencia contra la mujer, y quizás sea, una de las más preocupantes, ya que tiene lugar en una edad muy temprana, tanto del agresor como de la víctima y además en pleno desarrollo de la personalidad.

Si se analizan las últimas Memorias del Consejo General del Poder Judicial, se puede observar como los delitos de violencia sobre la mujer cometidos por menores de edad penal han ido aumentando progresivamente en los últimos años, a pesar de las dificultades en su cuantificación, y el gran número de casos ocultos que existen entre los adolescentes y que no se denuncian.

Algunos autores (Sánchez Jiménez V. y cols., 2008) indican que desde la investigación también se concluye que a medida que las relaciones se van haciendo más serias y estables, aumenta el número de conflictos, se comienzan a establecer dinámicas re-

8 Lorente, M. (2014). El gobierno, la violencia de género y los menores. El País. [www.elpais.com](http://www.elpais.com) de 29 de abril de 2014. [consultado el 23 de diciembre de 2020]

9 [https://www.lacronicabadajoz.com/noticias/badajoz/mariano-casado-medico-forense-la-adolescencia-es-franjas-mas-violencia-genero\\_53242.html](https://www.lacronicabadajoz.com/noticias/badajoz/mariano-casado-medico-forense-la-adolescencia-es-franjas-mas-violencia-genero_53242.html) [consultado el día 25 de diciembre de 2020]

lacionales basadas en el dominio (Furman, W., et al. 1992) (Furman, W., et al. 2003), e incluso, de forma más frecuente de lo esperado, aparecen comportamientos violentos entre las parejas (Archer, J. 2000), que en la bibliografía internacional se denomina *dating aggression y/o dating violence* (Collins A.W., 2003).

Los estudios realizados concluyen que el fenómeno de la violencia en las relaciones de pareja está muy presente en los jóvenes españoles, mostrándonos una incidencia similar a la mayor parte de las investigaciones internacionales. Sin embargo, en ninguno de estos trabajos se exploran otras características de las parejas adolescentes que permitan encontrar claves de cara a la posible explicación de este tipo de comportamientos.

Volviendo al texto de la Ley 1/2004: *“la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*, es posible plantearse que las relaciones entre adolescentes tiene cabida en el contexto de *“relaciones similares de afectividad”* o como utiliza el Código Penal *“análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”*, lo que plantean frecuentes problemas e incluso el propio Tribunal Supremo en la Sentencia 697/2017, de 25 de octubre de 2017<sup>10</sup>, indica que: *“La determinación de qué se entiende por convivencia o la definición de cuándo puede darse por existente una relación de afectividad, desaconseja la fijación de pautas generales excesivamente abstractas. No faltarán casos en los que esa relación de afectividad sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja, o supuestos en los que el proyecto de vida en común no sea ni siquiera compartido por ambos protagonistas.”*

Es cierto que se han dictado Sentencias en las que se ha cuestionado la existencia de una relación análoga a la afectividad cuando se trata de parejas adolescentes. Sin embargo, la propia Ley, no hace distinción alguna por la edad de la víctima.

Es más, en el año 2010, los Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer<sup>11</sup> concluyeron que *“la minoría de edad de las partes o de la víctima, no excluye la existencia*

---

10 Delitos de lesiones y amenazas. Interpretación del art. 148.4 *“mujer que estuviese o hubiera estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”*. Doctrina de la Sala. Esta relación no puede ser presumida en contra del reo. La convicción de la Sala sobre la inexistencia de relación de noviazgo por las características de la misma -muy corta duración, ocultación de su situación personal ejerciendo la prostitución, debe ser mantenida.

11 La Figura del Fiscal se configura, constitucional y legalmente, como un operador jurídico imparcial,

*de una relación de análoga afectividad a la del matrimonio, sin convivencia*". Esta conclusión fue ratificada y elevada a pauta de actuación vinculante para los Fiscales en la Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado de 2 noviembre<sup>12</sup>, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Conforme a dicha Circular, *"aunque la plena capacidad se concede con la mayoría de edad, las mujeres que no la han alcanzado gozan de capacidad para decidir el inicio de una relación sentimental que las sitúa, sin duda alguna bajo la esfera de tutela penal que se otorga a las mujeres víctimas de violencia de género"*.

Y continúa diciendo que: *"no parecen criterios asumibles aquellos que niegan la tutela penal a las adolescentes víctimas de violencia de género, por carecer de proyecto de vida en común con su pareja; o por convivir con los padres y depender económicamente de ellos, o por haber existido una ruptura transitoria en la relación, o por cualquier otra causa que la norma no requiere. La realidad nos pone de manifiesto que en algunas relaciones entre adolescentes o jóvenes se ejercen conductas de control, asedio, vigilancia, agresividad física o verbal o diversas formas de humillación que encajan en los tipos penales contenidos en los arts. 153 (delito de maltrato ocasional), 171-4 (delito de amenazas), 172-2 (delito de coacciones), 148-4 (delito de lesiones) y 173-2 del Código Penal (delito de violencia habitual)"*

Por tanto, podemos concluir que la minoría de edad del agresor o de la víctima, no excluye la existencia de una relación de análoga afectividad a la del matrimonio, sin convivencia. Los adolescentes unidos entre sí sentimentalmente tienen la consideración de pareja y mantienen una relación de análoga afectividad comparable al ma-

---

garante de la legalidad y protector de los más vulnerables, como los menores, las personas con discapacidad, o los consumidores y usuarios.

- 12 Es importante la Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, publicada en Noviembre de 2011 en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es), porque marca los criterios generales de actuación e interpretación que deben los Sres. Fiscales, en cuanto a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, alcance de la dispensa de la obligación de declarar de las víctimas, sobre la problemática de la legitimación del titular de la Delegación del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, y otras cuestiones, algunas civiles, como la relativa a la prohibición de la atribución de la guarda y custodia compartida e individual cuando uno de los progenitores se haya incurrido en un procedimiento penal de violencia de género o doméstica, ola relativa al artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corroborando o actualizando con la doctrina de los Tribunales que entiende mayoritaria, en los aspectos que trata, los criterios de la Circular 4/2005, de 18 de julio, también destinada a unificar los criterios de actuación del Ministerio Fiscal respecto de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La Circular recoge 25 conclusiones.

trrimonio y/o a las uniones de hecho. No es necesario la convivencia previa, la participación en un proyecto de futuro común, ni tan siquiera la exigencia de fidelidad mínima entre sus integrantes. (Valverde Morán E., 2014)

## 5.- LA VIOLENCIA EJERCIDA POR EL “MENOR DE EDAD”.

Tal y como indica Aroca C. y en base a diversas investigaciones sobre este tema (Alba, 2003; Gelles et al, 1979; Giddens, 1993), el hogar puede ser el escenario donde se produce más violencia en nuestra sociedad a lo largo del ciclo vital.

Se trata de una cuestión relativamente frecuente y un fenómeno que aun así sigue causando sorpresa y en ocasiones de compleja resolución y que nos lleva a plantearnos una serie de cuestiones, tales cómo; ¿qué les pasa a los menores para que muestren esas actitudes violentas en el ámbito filio-parental? o ¿por qué tiene esos comportamientos? o ¿qué posibles soluciones se pueden plantear?, y así un largo listado de cuestiones, que habitualmente son difíciles de responder de una manera efectiva.

Cuando se hace referencia a este tipo de *violencia filio-parental*<sup>13</sup>, se puede afirmar que la misma abarca al conjunto de conductas reiteradas de violencia física o psicológica dirigida por parte de los hijos o de las hijas hacia los progenitores, o hacia a aquellos adultos que ocupan su lugar.

Aunque este tipo de violencia permaneció durante mucho tiempo en el anonimato e incluso en la ignorancia social, e incluso la dificultad de las autoridades públicas y judiciales para acercarse a la realidad de este fenómeno. Fueron publicaciones e investigaciones internacionales las que propiciaron las que dieron visibilidad a este tipo violencia y consecuentemente al establecimiento tanto de líneas de investigación como de programas específicos de intervención. Tal fue el reflejo de estos que en el año 1957 se acuñó el término el “*síndrome de los padres maltratados*” (Sears R., et als.1957), y que fue considerado como un subtipo de violencia familiar.

---

13 La violencia filio-parental es una variante de la violencia intrafamiliar. Mientras que la violencia intrafamiliar puede ser ejercida por cualquiera de los integrantes de un núcleo familiar hacia otro, la violencia filio-parental es aquella a través de la cual un hijo exhibe conductas de maltrato contra sus progenitores (o contra aquellos que ejerzan de progenitores), de forma consciente e intencionada, a lo largo de un tiempo y en repetidas ocasiones que viene a causar daño y sufrimiento en los mismos (aunque este daño no llegue a producirse y el menor no consiga lo que pretende, no puede negarse la existencia del mismo).

En el año 1979 Harbin y Madden definieron este tipo de violencia como “*síndrome de los progenitores maltratados*”, consistiendo en “ataques físicos y amenazas verbales y no verbales o daño físico”. (Harbin H. T., et al. 1979).

Años más tarde, concretamente en 2001, Cottrell<sup>14</sup> definió este hecho como: “*cualquier acto de los hijos que provoque miedo en los padres y que tenga como objetivo con el objetivo de obtener poder y control sobre ellos, utilizando la violencia psicológica, física y económica*”

Aunque se pueden considerar muy objetivas las definiciones indicadas, lo cierto es que en ninguna de ellas se incluyen los elementos requeridos para que un comportamiento se pueda tipificar de maltrato en el ámbito del Derecho, tales como: intencionalidad, consciencia, reiteración y con objetivos específicos o violencia instrumental.

En este sentido, algunos autores, determinan que básicamente se trata de un tipo de violencia donde el hijo o hija actúa intencional y conscientemente contra sus progenitores (o quienes ocupen su lugar) con el deseo de causarles daño, perjuicio y/o sufrimiento, de forma reiterada a lo largo del tiempo, mediante la violencia psicológica, física y/o económica, con el fin de obtener poder, control y dominio sobre sus víctimas para conseguir lo que desea (Aroca, 2010).

No fue hasta hace poco más de una década, cuando comenzó a surgir en el Estado español las primeras voces de alarma relacionadas con el incremento de denuncias de padres hacia sus hijos por agresiones en el hogar por parte de éstos, en lo que parecía erigirse como un fenómeno totalmente novedoso: *el maltrato ascendiente o violencia filio-parental*. (Ortega Ortigoza D., 2015)

Sin embargo, ha sido en el siglo XXI cuando mayor producción científica, tanto de revisión bibliográfica sobre el fenómeno como de investigaciones de campo, (Molla-Esparza C., y col. 2018) encontramos acerca de la violencia filio-parental (Ibabe y Bentler, 2016); (Ibabe, y cols., 2007); (Margolin y Baucom, 2014); (Martínez y cols., 2015).

Al tratarse de un fenómeno socialmente inaceptable, una de las características de la violencia filio-parental es que suele mantenerse oculta dentro del seno familiar, lo que agrava el círculo de violencia. Este olvido obedece en parte a la creencia ex-

---

14 Cottrell, B. (2001). Parent abuse: The abuse of parents by their teenage children. [http://www.canadiancre.com/parent\\_abuse.htm](http://www.canadiancre.com/parent_abuse.htm). [consultado el 26 de diciembre de 2020]

tendida de que la conducta de los hijos e hijas se debe básicamente a una buena o mala educación parental, a determinados estilos educativos ejercidos o a modelos de crianza perniciosos; en definitiva, a los progenitores agredidos (Aroca y cols., 2012); (Aroca y cols., 2013).

Revisando los datos de las Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado<sup>15</sup>, se puede apreciar como los expedientes abiertos a jóvenes por este tipo de delito han ido aumentando año tras año. De esta manera durante el año 2019, se constatan 5.055 procedimientos incoados por violencia doméstica y 788 por violencia de género, donde el denunciado era un menor, mientras que durante el año 2018 los casos fueron 4871 y 944, respectivamente.<sup>16</sup> Por tanto, como se puede comprobar a través de estos datos, las denuncias interpuestas por progenitores contra sus descendientes han aumentado de manera espectacular en los últimos años, por lo que la violencia filio-parental ha pasado a ocupar el tercer tipo de violencia doméstica.

Hace ya algunos años y desde la propia Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2010<sup>17</sup> se expresaba que: *“En el ámbito del Derecho penal juvenil los malos tratos familiares protagonizados por los menores están proliferando últimamente de forma que como mínimo cabría calificar de preocupante”*. Es decir, este tipo de violencia filio-parental pasaba de la esfera privada (ámbito del hogar) a la esfera pública cuando las autoridades-mediante denuncia penal- son conocedoras de las agresiones filio-parentales y además alertaban del incremento de las denuncias interpuestas por padres hacia sus hijos.

Como principales características, este tipo de violencia intrafamiliar puede presentarse tanto en familias que tienen un vínculo sanguíneo, como en familias de acogida, adoptivas o reconstruidas. Así mismo, la agresión puede ser directa o indirecta, y los maltratos pueden ser de tipo verbal, psicológico, material o económico, físico o sexual. (Gámez-Guadix M. y col., 2012) y que pueden aparecer juntos o por separado.

---

15 La Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado es la mejor fuente para obtener información sobre los delitos en los procedimientos penales. Ofrece el número de procedimientos (previas, jurado, sumario, abreviados, diligencias urgentes) incoados y calificados por el fiscal; y sentencias por provincias y delito.

16 <http://www.poderjudicial.es/cgppj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales-civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Actividad-del-Ministerio-Fiscal/> [consultado el 27 de diciembre de 2020]

17 Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 1/2010, de 23 de julio, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de menores contra sus ascendientes.FIS-C-2010-00001 [consultada el 27 de diciembre de 2020]

En cuanto al perfil del protagonista de este tipo de violencia, la propia Circular de la Fiscalía, indica que suelen tratarse normalmente de adolescentes cuyos padres sienten la imposibilidad absoluta de enfrentarse a las situaciones que se han generado, y que pasan de comportamientos desobedientes a comportamientos claramente agresivos y violentos hacia sus padres y entorno más inmediato. Aunque existen menores maltratadores que cometen otros delitos, la mayoría circunscriben su actividad delictiva a la violencia en el ámbito doméstico para con los miembros de su entorno familiar.

En cuanto al *sexo del agresor* más del 60% de los maltratos ejercido contra los progenitores es llevado a cabo por los hijos, tal y como lo reflejan diversas investigaciones españolas (Ibabe y col., 2007); (Sempere y col., 2007), de los que se concluye que los hijos varones son los perpetradores más habituales y probables, frente a las hijas y donde generalmente ocupan el primer lugar en la fratria<sup>18</sup>.

Aunque con respecto a esto existen importantes controversias, ya que otros trabajos ponen de manifiesto lo contrario, por ejemplo, Walsh y Krienert (2007) señalan que el porcentaje en las hijas era mayor cuando las conductas eran más violentas, aunque no es así en nuestro ámbito estatal.

En referencia al *rango de edad de los agresores*, no existen datos definitivos, ya que dependiendo de la fuente de información estos pueden variar. Aun así y atendiendo a determinados estudios nacionales se puede indicar que la mayor incidencia se sitúa entre los 10 y 17 años.

En relación al *tipo de maltrato* estos se caracterizan por la presencia de conductas de intimidación, control, dominio o poder de parte del agresor, que son realizadas de manera intencionada y que pueden causar perjuicio o dolor a la víctima. Por otro lado, las agresiones pueden ejercerse por uno o por varios miembros del núcleo familiar, y dirigirse a uno o varios miembros del mismo.

Por lo que respecta al perfil psicológico del agresor, hay autores que establecen la existencia de trastornos psicológicos (principalmente de la personalidad) y psiquiátricos (Garrido, 2003); (Pereira, 2009).

A este respecto Garrido<sup>19</sup> hace referencia a la presencia de un trastorno grave de la personalidad al considerar que muchos de estos adolescentes padecen una psico-

---

18 Conjunto de hijos e hijas de una misma pareja de progenitores.

19 Vicente Garrido Genovés es catedrático acreditado de Criminología en la Universidad de Valencia, así como una de las autoridades más reconocidas en el ámbito de la criminología violenta. Ha sido

patía o la están desarrollando durante la niñez, lo que el autor define como el “*Síndrome del Emperador*”<sup>20</sup>, que de una forma más técnica es conocido como “Trastorno de oposición desafiante” (TOD)<sup>21</sup> en los que nos encontramos a niños, adolescentes y jóvenes, que usan su forma de ser para abusar de su entorno, en especial de su entorno más cercano, familia y sobre todo de sus progenitores.

Otros autores, Urra<sup>22</sup> (2006), establece como características particulares de estos hijos un “*egocentrismo supino*” en la convivencia familiar con un marcado hedonismo-nihilismo. Además, mantiene que también presentan rasgos patológicos desde la infancia como la conducta negativista-desafiante o relaciones ambivalentes hacia sus progenitores.

Incluso algunos autores se mueven entre otros procesos psicopatológicos, y así Omer (2004) resalta que muchos de estos hijos mostraron síntomas de un trastorno obsesivo-compulsivo que se exteriorizaba auto-marginándose gradualmente o cortando sus lazos con el mundo exterior, principalmente con sus progenitores y otros miembros de la familia. En esta dirección, Cottrell y Monk (2004) indican la existencia de problemas psicopatológicos como: psicosis y trastorno bipolar.

Alba (2011), tal y como indica Aroca, apunta a las causas de este tipo de abuso parental como la consecuencia de un temperamento difícil, en algunos casos con rasgos psicopáticos para el que se requiere una mayor capacidad educativa desde la infancia temprana. Es decir, para este autor, el abuso parental sería el resultado de rasgos

---

consultor de Naciones Unidas y ha asesorado en diferentes casos a la policía y la Administración de Justicia. Entre sus libros destacan *El rastreo del asesino*, *Cara a cara con el psicópata*, *Los hijos tiranos*, *Crímenes sin resolver* y *Asesinos múltiples*.

- 20 Garrido Genovés V. Los hijos tiranos: El síndrome del emperador. Ed. Ariel. 2011. Este libro consta de 8 capítulos, donde el autor plantea a la sociedad si «estamos educando a hijos tiranos», frente a la alarma de padres, escuelas y juzgados de menores, y se centra en la prevención de este problema.
- 21 El trastorno de oposición desafiante (TOD) es parte de un grupo de diagnósticos llamados trastornos perturbadores del control de impulsos y de la conducta. Los trastornos perturbadores del control de impulsos y de la conducta son un grupo de afecciones psiquiátricas que incluyen: -El trastorno de oposición desafiante. -El trastorno explosivo intermitente. -El trastorno de la conducta.
- 22 Es psicólogo forense en la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia y Juzgados de Menores de Madrid desde 1985. Durante tres años trabajó con jóvenes muy conflictivos en el Centro Piloto Nacional de Reforma de Cuenca y desde entonces desarrolla su labor en la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia y en los Juzgados de Menores de Madrid. Saltó a la escena pública cuando en 1996 fuera nombrado Defensor del menor de la Comunidad de Madrid, puesto que mantuvo hasta 2001. Es presidente de la Comisión Deontológica del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.

psicopáticos con estilos educativos que han dejado de ser ineficaces por el desistimiento de los padres ante las graves amenazas que presentan en la adolescencia y juventud temprana.

Por otra parte, García de Galdeano y González (2007), manifiestan que a menudo las madres y padres maltratados describen a sus hijos como: tiranos, obstinados y caprichosos. Por ello, indican que el temperamento es extremadamente importante en el desarrollo de conductas violentas e influye en características como la tozudez, la impulsividad o la irritabilidad.

Aun así, no parece necesario que los hijos que ejercen violencia contra sus progenitores padezcan trastorno, aunque sí parece que aquellos que presentan un Trastorno de tipo Disocial<sup>23</sup> tienen una mayor probabilidad de ejercer, llegado el caso, una violencia más severa contra su madre y/o padre, que los niños o adolescentes que no lo presentan.

A este respecto hay que reseñar que en el DSM-5 y teniendo en cuenta la edad de inicio, distingue los subtipos infantil o adolescente<sup>24</sup>, donde la característica diferenciadora es que al menos uno de los criterios del Trastorno Disocial<sup>25</sup> empiece antes de los 10 años de edad. Y, además, el DSM-5 añade un nuevo subtipo, denominado “no especificado”, para aquellos casos en los que resulta difícil determinar la edad de inicio del primer síntoma.

El *Trastorno Disocial de inicio infantil* parece estar más relacionado con persistencia de los problemas de conducta, con disfunción e inestabilidad familiar, con problemas temperamentales, con déficits neuropsicológicos y cognitivos, y con cierta vulnerabilidad genética. El *Trastorno Disocial de inicio adolescente* se relaciona con más niveles de rebeldía y mayor rechazo de las normas convencionales.

---

23 En la cuarta edición revisada del manual The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-IV-TR; American Psychiatric Association, 2000), el Trastorno Disocial (TD) se localizaba en la desaparecida categoría “Trastornos de Inicio en la infancia, la niñez o la adolescencia”. Actualmente, en el DSM-5 (American Psychiatric Association, 2013) aparece agrupado bajo el nuevo epígrafe “Trastornos Perturbadores, del Control de Impulsos y de Conducta”, junto con el Trastorno Negativista Desafiante (TND), el Trastorno Explosivo Intermitente, el Trastorno Antisocial de la Personalidad (TAP), la Piromanía, la Cleptomanía y otros trastornos perturbadores, del control de impulsos y de conducta especificados y no especificados.

24 El Trastorno Disocial (de conducta) es considerado como una de las formas más frecuentes de psicopatología en niños y adolescentes.

25 El trastorno disocial sólo se puede diagnosticar hasta los 18 años, si el individuo tiene 18 años o más, entonces estaríamos ante un caso de trastorno antisocial de la personalidad.

Son varios los autores que hablan de insensibilidad del hijo agresor ante el sufrimiento de sus progenitores, su nula empatía hacia ellos, su incapacidad para admitir, al menos, parte de la responsabilidad por la situación familiar generada, etcétera. Son niños y adolescentes insensibles con una inteligencia emocional poco desarrollada y con serios problemas en su razonamiento moral o en la forma que soluciona los problemas con sus padres.

Asimismo, Henggeler (1989) explica las dificultades intelectuales (bajo nivel y rendimiento académico) y las conductas desadaptativas, estableciendo una conexión directa entre ellas, determinando que existe una relación entre baja inteligencia verbal y baja inteligencia emocional a partir de procesos intermedios como las dificultades académicas, las dificultades psicosociales en general y, el retraso en la adquisición de las habilidades cognitivas de interacción. Dificultades que pueden desaparecer o descender, en gran medida, cuanto mayor y mejor sea el rendimiento académico.

**BIBLIOGRAFÍA:**

- Osofsky, J.D. (1999). The Impact of Violence on Children. *The Future of Children: domestic Violence and Children*, 9(3), 33-49.
- Sánchez Jiménez V, Ortega Rivera FJ, Ortega Ruiz R., Viejo Almanzor C. Las relaciones sentimentales en la adolescencia: satisfacción, conflictos y violencia. *Escritos de Psicología* vol.2 nº1 Málaga dic. 2008.
- Furman, W., & Buhrmester, D. (1992). Age and sex differences in perceptions of networks of personal relationships. *Child Development*, vol.63, 1, pp:103-115.
- Furman, W., & Shaffer, L. (2003). The Role of Romantic Relationships in Adolescent Development. En P. Florsheim (Ed.), *Adolescent Romantic Relations and Sexual Behavior. Theory, Research, and Pratical Implications* (pp. 3-22). Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum Associates.
- Archer, J. (2000). Sex differences in aggression between heterosexual partners: A meta-analytic review. *Psychological Bulletin*, 126, 651-680.
- Valverde Morán E. Jornadas “Violencia de Género en Adolescentes. Una realidad que necesita respuesta” Madrid, 2 de diciembre de 2014.
- Alba, J.L. (2003). Violencia en el ámbito familiar. Ponencia presentada en el congreso Violencia y sociedad. Abril, Diputación de Alicante.
- Gelles, R.J. y Strauss, M.A. (1979). Violence in american family. *Journal of Social Issues*, 35, 15-39.
- Giddens, A. (1993). *Sociology*, 2ª ed. Cambridge (UK): Polity Press.
- Sears, R., Maccoby, E. y Levin, H. (1957). *Patterns of child rearing*. New York: Atheneum.
- Harbin, H. T., Madden, D. J. (1979). Battered Parents: A New Syndrome. *American Journal Psychiatry*, 136, 1288-1291.
- Aroca, C. (2010). La violencia filio-parental: una aproximación a sus claves (tesis doctoral). Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación. Departamento de Teoría de la Educación. Universidad de Valencia.
- Ortega Ortigoza D. La violencia filio-parental. ¿un subtipo de violencia de género? una revisión bibliográfica de la figura de la víctima. *RES, Revista de Educación Social*. nº 21, Julio de 2015.

- Molla-Esparza C., Aroca-Montolío C. Menores que maltratan a sus progenitores: definición integral y su ciclo de violencia. Anuario de psicología jurídica. Vol. 28. Núm. 1. - 2018. pp: 15-21.
- Ibabe, I. y Bentler, P. M. (2016). The contribution of family relationships to child-to-parent violence. *Journal of Family Violence*, 31, 259-268.
- Margolin, G. y Baucom, B. R. (2014). Adolescents' aggression to parents: Longitudinal links with parents' physical aggression. *Journal of Adolescent Health*, 55, 645-651.
- Martínez, M. L., Estévez, E., Jiménez, T. I. y Velilla, C. (2015). Violencia filio-parental: principales características, factores de riesgo y claves para la intervención. *Papeles del Psicólogo*, 36, pp. 216-223.
- Aroca, C., Cánovas, P. y Alba, J. L. (2012). Características de las familias que sufren violencia filio-parental: un estudio de revisión. *Educatio Siglo XXI*, 30, 231-254.
- Aroca, C., Miró, C. y Bellver, M.C. (2013). Los problemas de violencia en los adolescentes. ¿Incapacidad educativa de los progenitores? *Educación Social. Revista de Intervención Socioeducativa*, 53, 121-136.
- Gámez-Guadix, M. y Calvete, E. (2012). Violencia filio-parental y su asociación con la exposición a la violencia marital y la agresión de padres a hijos. *Psicothema*, 24(2): 277-283.
- Ibabe, I. (2007). Perfil de los hijos adolescentes que agreden a sus padres. Investigación realizada en la C.A.V. *Gizarte Psikologia eta Portaera Zeintzien Metodologia Saila*. Victoria-Gasteiz, 23 noviembre, pp:1-28.
- Sempere, M., Losa del Pozo, B., Pérez, M., Esteve, G. y Cerdà, M. (2007). Estudi qualitatiu de menors i joves amb mesures d'internament per delictes de violencia intrafamiliar. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Justícia i Societat, 28, 196-321
- Walsh, J.A. y Krienert, J.L. (2007). Child-Parent Violence: An empirical analysis of offender, victim and event characteristics in a National Sample of Reported Incidents. *Journal Family Violence*, 22, 563-574.
- Garrido, V. (2003). *Psicópatas y otros delincuentes violentos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Pereira, R., Bertino, L. y Romero J.C. (2009). “La violencia filio-parental: contexto, proceso y dinámicas familiares”. IV Jornadas Formación de SEAFI’S: Violencia filio-parental. Orientaciones prácticas para profesionales. Valencia 4-5 de noviembre.
- Cottrell, B. y Monk, P. (2004). Adolescent-to-parent abuse. A qualitative overview of common themes. *Journal of family Issues*, 25 (8), 1072-1095.
- García de Galdeano, P. y González, M. (2007). Madres agredidas por sus hijos/as. Guía de recomendaciones prácticas para profesionales. Diputación foral de Vizcaya.
- Henggeler, S. W. (1989). *Delinquency in adolescents*. Newbury Park (USA): Sage.

# **EL ABORTO Y TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN MENORES**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Carmen Romero Cervera**

*Magistrada del Juzgado N<sup>o</sup> 2 de los  
Contencioso-Administrativo de Mérida*

Obviamente, lo primero que tengo que mostrar es mi agradecimiento al Ilustre Colegio de Médicos de Badajoz por la confianza que han depositado nuevamente en mi persona para contar con mi participación en estas jornadas dedicadas al derecho relativo a los menores; rama esta que, en mi día a día profesional, puedo tocar, pero de manera tangencial, pero no hay nada mejor que comprometerse a dar una ponencia como para que una se ponga a estudiar y actualice los conocimientos.

Ese agradecimiento tengo que personalizarlo, en primer lugar, en la Dra. Ibáñez, gran profesional y mejor persona y de la que puedo presumir que cuento con su amistad y, en segundo lugar, con el Dr. Hidalgo, Presidente de este Ilustre Colegio con el que, dado ya el tiempo que hace que nos conocemos, creo que puedo también decir, sin temor a equivocarme, que también soy acreedora de ella.

## **EL ABORTO Y SUS NÚMEROS**

Para centrar un poco la cuestión, vamos a ver qué números tenemos en relación a la materia a la que se refiere esta ponencia.

En la página web del Ministerio de Sanidad nos encontramos con tablas relativas a la interrupción voluntaria del embarazo según grupos de edad; los datos que se recogen van del año 1991 a 2018; la actualización está hecha a 29 de mayo de 2020 y no constan datos del pasado año 2019.

En lo que a menores se refiere, que es lo que a nosotros nos interesa, y en relación a menores de 15 años, la cifra ha ido subiendo desde que existen datos, esto es, desde 1991, año en el que se contabilizaron 69 abortos, hasta llegar a los 500 en el año 2007, siendo la tendencia a la baja en los siguientes años –aunque no muy significativa–, llegando a los 503 abortos en menores de 15 años en 2013, para volver la curva a bajar hasta los 310 practicados en el año 2018.

Durante esos mismos años, esto es 1991 y 2018, entre los 15 y 19 años el número de interrupciones voluntarias de embarazos comenzó con 5.372 en el 91 hasta llegar a los 14.464 en el año 2008, descendiendo la curva hasta los 9.518 contabilizados en 2018.

Es curioso ver como los números más altos se dan durante la crisis económica que sufrimos del año 2008 en adelante; esperemos que la crisis que ahora estamos sufriendo a nivel sanitario y la económica que, desgraciada pero necesariamente, va a venir aparejada a esta, no hagan subir los números a los que nos estamos refiriendo.

## MARCO NORMATIVO

Como señala la exposición de motivos de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, el desarrollo de la sexualidad y capacidad de procreación están directamente vinculados a derechos fundamentales tales como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad; la decisión de tener hijo o no y, de tenerlos, el momento en el que tenerlos, constituye uno de los asuntos más íntimos y personales de una persona.

Son numerosos los textos internacionales que se refieren a la necesidad de proteger, en este punto, la libre autonomía de la voluntad de las mujeres, a título de ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivos, citaremos:

- La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1979.
- La plataforma de acción de Beijing, dentro de la Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer, celebrada en 1995.
- En el ámbito de la UE, es fundamental la Resolución 2001/2128 (INI) sobre salud sexual y reproductiva, en la que se contiene una serie de recomendaciones y en lo que al aborto se refiere señala lo siguiente:

*“En ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia. Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos que en la salud tienen los abortos realizados en condiciones no adecuadas como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia... Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo... En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas. En todos los casos, las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos...”*

A nivel interno, en materia de interrupción voluntaria del embarazo es fundamental la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modificada, en lo que a nosotros se refiere en relación a los menores, por la LO 11/2015, de 21 de septiembre para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

En materia de interrupción voluntaria del embarazo, tenemos también que tener presente dos Reales Decretos, del mismo día, el 25 de junio, el número 825/2010 y el 831/2010, referidos, el primero, al desarrollo parcial de la LO 2/2010, de 3 de marzo a la que ya nos hemos referido y el segundo, relativo a la garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo.

Obviamente, en materia de consentimiento, tendremos que integrar las normas con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información.

### **LA INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO, EN GENERAL**

La LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo dedica su Título II a la interrupción voluntaria del embarazo, recogiendo, en el capítulo I, las condiciones para que se de esa interrupción voluntaria.

Tras garantizar su art. 12 el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, el art. 13 establece los requisitos comunes, cuales son:

- Que se practique por médico especialista o bajo su dirección.
- Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado para ello
- Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 4/2002, Básica reguladora de la autonomía del paciente. Podrá prescindirse de ese consentimiento expreso en el supuesto previsto en el art. 9.2.b de la referida ley, esto es *“cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”*.

Tras establecer los requisitos comunes, la norma distingue entre la interrupción del embarazo a petición de la mujer (art. 14) y la interrupción por causas médicas (art. 15).

En el primer supuesto (art. 14), el embarazo podrá interrumpirse dentro de las primeras 14 semanas de gestación, siempre que:

- Se haya informado a la mujer de los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad.
- Hayan transcurrido tres días, al menos, desde la información y la realización de la intervención.

En el segundo supuesto, esto es, en el de la interrupción por causas médicas, el aborto puede practicarse en tres supuestos, dos sujetos a plazo y un tercero sin plazo.

- Cabe la interrupción voluntaria del embarazo siempre que no se superen las 22 semanas y exista grave riesgo para la vida o la salud de la gestante y así conste en un dictamen médico emitido con anterioridad por un médico especialista distinto al que la practique o dirija. Se puede prescindir de ese dictamen en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante.
- Cabe también la interrupción siempre que no se superen las 22 semanas, si existe riesgo de grave anomalía en el feto y así conste en un dictamen emitido por dos especialistas distintos al que practique la interrupción, siendo también ese informe, previo a la interrupción.
- Y por último, cabe la interrupción del embarazo, en esta ocasión, sin estar sometido a plazo, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico especialista, distinto del que practique la intervención o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico, comité este regulado por el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio de desarrollo parcial de la LO 2/2010.

## **INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y MENORES**

La LO11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, vino a modificar la LO 2/2010, de 3 de marzo.

Dice la exposición de motivos de la LO 11/15, que la LO 2/2010 extendió la capacidad de otorgar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo a las menores de 16 y 17 años, equiparándolas al régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad; considera el legislador en el 2015 que *“el que las mujeres menores de 16 y 17 años se encuentren acompañadas de sus representantes legales, padre*

*y/o madre que ostenten la patria potestad o tutores, según proceda, es fundamental para situaciones de vital importancia e impacto futuro, como es la interrupción voluntaria del embarazo” refiriéndose en este punto el legislador a la necesidad de recordar las obligaciones que conlleva la patria potestad y que, según el art. 154 CC, incluye la de “velar por ello –por los menores-, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación íntegra”, así como el art. 269 del mismo cuerpo legal, en relación a las obligaciones del tutor, entre las que se encuentra la de “velar por el tutelado” y, en particular, la obligación de “educar al menor y procurarle una formación integral”.*

El legislador del 2015 viene a corregir al legislador del 2010 ya que, según aquel, éste impide a los progenitores y tutores cumplir con la obligación recogida en el Código Civil, privando a las menores de la protección que el mismo texto legislativo reconoce, de poder contar, en un momento crucial y complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad.

La reforma que hace el legislador en el 2015 supone suprimir la posibilidad introducida por la Ley del 2010 de que las menores de edad pudieran prestar el consentimiento por sí solas, sin informar siquiera a los progenitores. De tal manera, desde el 2015, será preciso, además de la manifestación de voluntad de la menor, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad.

Antes hemos visto cuales son los requisitos comunes que exige la Ley 2/10 para la interrupción del embarazo en su art. 13 (que se practique por un médico, en centro sanitario público o privado acreditado y con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer, con la excepción del supuesto del art. 9.2.b de la Ley 41/2002), pues bien, originariamente, el art. 13 contenía un apartado cuarto cuya redacción literal era la siguiente:

*“Cuarto. – En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.*

*Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.*

*Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de*

*violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.”*

Pues bien, como ya venimos diciendo, a partir del 2015, es necesario y preceptivo el consentimiento de los titulares de la patria potestad para que una menor entre los 16 y los 17 años pueda abortar, modificándose el art. 9 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente en el sentido de que *“para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con discapacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil”*.

El consentimiento expreso de sus representantes legales tiene que entenderse como una medida de apoyo y protección a la menor; si sus representantes legales se oponen a la interrupción voluntaria del embarazo, esa oposición deberá fundarse en la protección y cuidado de la menor, no bastando el simple criterio o ideología de sus representantes legales, siendo interesante, en este momento, traer a colación la sentencia del TC de 29 de mayo de 2000, en la que se reconoce que:

*“frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior de los menores de edad”*.

Como ejemplo de contraposición de opiniones entre la menor y sus representantes legales, en el año 2015, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vigo dictó una sentencia accediendo a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo a una menor de 15 años, pese a la oposición paterna, basándose en el interés superior de aquella y el riesgo de exclusión social de la misma, habiéndose opuesto sus progenitores por motivos religiosos.

## LA PÍLDORA ANTICONCEPTIVA DE URGENCIA

Si hablamos de menores y embarazos no deseados tenemos necesariamente que referirnos a la píldora anticonceptiva de urgencia.

Teniendo en cuenta el auditorio al que se dirige mi exposición, nadie mejor que ustedes para saber que el uso reiterado de la vulgarmente conocida como “*píldora del día después*”, conlleva graves riesgos para la salud.

Algo básico de lo que debemos partir es que la píldora del día después tiene carácter anticonceptivo y no abortivo y que desde septiembre de 2009 se autoriza la libre dispensación en farmacias como medicamento no sujeto a prescripción médica y que la experiencia acumulada desde la venta en farmacias de la misma sin prescripción médica no ha puesto en evidencia problemas de salud graves que justifiquen a la venta bajo prescripción médica, siendo unánime la opinión a la hora de entender que la vuelta a la situación previa a la libre dispensación en farmacia, supondría de nuevo el peregrinaje que durante muchos años llevó a mujeres, jóvenes y adultas, al hospital o del centro de urgencias o al centro de salud o al de planificación familiar para terminar en la farmacia, con el agravante que ello suponía, principalmente, a las mujeres del mundo rural.

Partiendo, pues, de que la píldora del día después no es un método abortivo sino anticonceptivo, obviamente, su dispensación a menores de entre 16 y 17 años no exige el consentimiento de sus representantes legales, habiéndose señalado por Colegios de Médicos como el de Barcelona, que “*el médico deberá valorar honestamente y profesionalmente y la competencia (desarrollo emocional e intelectual) de la menor para entender el alcance y las consecuencias del tratamiento anticonceptivo. Si el médico considera que el desarrollo emocional e intelectual de la menor le permite responsabilizarse de sus decisiones y éstas no la perjudican, se hará prevaler y se respetará su decisión. Por tanto, en el supuesto de que la menor que demanda al facultativo la prescripción de la píldora del día después se encuadra dentro del concepto de “menor maduro”, el consentimiento de esta menor resultará suficiente para la prescripción del tratamiento anticonceptivo postcoital, sin responsabilidad para el facultativo.*

Por último, recordar, en relación a los farmacéuticos, el reconocimiento que tienen, en relación a la píldora del día después, de ejercer su derecho a la objeción de conciencia, reconocido expresamente en sentencias tales como la del TSJ de Andalucía, de 23 de abril de 2005 y 8 de enero de 2007, en las que, citando expresamente el art. 28 del Código de ética farmacéutica, dice “*Que la responsabilidad y libertad per-*

*sonal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho de objeción de conciencia, respetando la libertad y el derecho a la vida y la salud del paciente”.*

## CONCLUSIONES

Ya hemos visto al inicio de la presente el número de abortos practicados en nuestro país en lo que a menores de edad se refiere. Si pasar por un aborto es algo traumático para cualquier mujer, para una menor edad, que se encuentra en pleno desarrollo físico como psíquico, es mucho más traumático, por ello, necesariamente como en cualquier otra materia, mi opinión es la de siempre: que lo fundamental es la educación y la formación de las personas para que puedan decidir hacer lo que quieran, siendo conscientes de las consecuencias y responsabilidades que de sus actos se desprenden, por ello considero que es fundamental insistir en las medidas previstas en el capítulo III de la Ley 2/2010 relativas al ámbito educativo; es curioso cómo, en la sociedad en la que vivimos, en la que a un “golpe de clic” tenemos un aluvión de información, que muchas niñas y muchas mujeres desconozcan todos los métodos anticonceptivos que hay para aquellos casos que, en el libre ejercicio de su personalidad, decidan no tener un hijo.

Como colofón, saben ustedes. que en las últimas semanas por alguna ministra se ha vuelto a manifestar que se va a volver a modificar la legislación a fin de suprimir el consentimiento de los representantes legales de las menores de 16 y 17 años; pues nada...al respecto, qué les voy a decir, que en este bendito país estamos acostumbrados a, en vez de conservar lo que tenemos, llegar como elefantes en una cacharrería. En cualquier caso, si se vuelve a la legislación anterior al 2015 quizá debería el legislador, ahora que le gusta hacer exposiciones de motivos más largas que la propia norma, explicarnos como va a compatibilizar esa libertad absoluta de las menores de entre 16 y 17 años, con las obligaciones que el Código Civil impone a sus progenitores.

**INTERNAMIENTO DE MENORES  
POR TRASTORNOS PSÍQUICOS  
DISFORIA DE GÉNERO**

**Ilmo. Sr. D. Alfredo Gimeno Aguilera**

*Fiscal de la Audiencia Provincial de Badajoz*

## 1.- INTERNAMIENTO DE MENORES POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO

Cuando hablamos de trastornos psíquicos, la posibilidad de establecer tratamientos obligatorios al respecto, así como internamientos involuntarios, nos lleva a partir de la base de la afectación de derechos fundamentales, constitucionalmente protegidos, por lo que se hace necesario abordar, con carácter previo, el marco legal que en el que nos encontramos, tanto desde el punto de vista internacional como desde el europeo y el interno español.

### 1.1.-Marco Legal.

#### 1.1.1.- Normativa Internacional.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, reconoce la *“dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana”*.
- La Resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991, de la Asamblea General de Naciones Unidas, establece los principios para la protección de las personas con enfermedad mental y la mejora de la atención a la salud, como que *“ninguna persona será compelida a soportar un examen médico, salvo de acuerdo con el procedimiento autorizado por la legislación nacional”*, o el principio 11.8: *“se podrá aplicar un tratamiento a cualquier paciente sin su consentimiento informado, si un profesional de la salud mental, cualificado y autorizado por ley, determina que ese tratamiento es urgente y necesario para impedir un daño inmediato al paciente o a otras personas”*.
- La Convención Internacional de Naciones Unidas Sobre Derechos de Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, que entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008, se celebró con el propósito de proteger y asegurar el goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, creando el Comité sobre derechos de las personas con discapacidad, que recomendó a España, en septiembre de 2011, fortalecer la autonomía de la voluntad y toma de decisiones de las personas con discapacidad, y que los servicios de atención sanitaria se basen en el consentimiento informado de la persona implicada.

### 1.1.2.- Normativa Europea.

- Recomendaciones del Consejo de Europa: fue creado en Londres en 1949, del que España forma parte desde 1977, proporcionando un marco de referencia normativa y un régimen de garantías en materia de derechos humanos, por medio del instrumento de las recomendaciones, pudiendo elevar sus conclusiones al Comité de Ministros y éste a los Gobiernos de los Estados miembros, destacando la Recomendación 818 de 1977, para vigilar los internamientos involuntarios indeterminados, estableciendo el control de los Tribunales; la Recomendación 83 de 1977, para la protección legal de las personas que padecen trastornos mentales internados como pacientes involuntarios; la Recomendación 10 de 2004, relativa a la protección de la dignidad y los derechos humanos de las personas con trastornos mentales; así como la Recomendación 3 de 2009, sobre el seguimiento de la protección de los derechos humanos y dignidad de las personas con trastornos mentales.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, con varios preceptos que inciden en la salud mental, como el artículo 5 que establece que *“nadie puede ser privado de su libertad sino por los procedimientos previstos por la ley, incluidos los internamientos. El internado tiene derecho al control de legalidad ante un órgano judicial para que se pronuncie en breve plazo, y a obtener reparación en caso de ilegalidad”*, o el artículo 6 relativo a que *“toda persona tiene derecho a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley.”*
- Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 1987, que creó el Comité Europeo para la prevención de la tortura, que realiza inspecciones al azar de personas en situación de privación de libertad, incluyendo a personas internadas por razón de salud mental.
- Convenio de Oviedo de Derechos Humanos y Biomedicina de 1997, ratificado por España en 1999, destacando sus artículos 7 y 8, dedicados a la protección de personas que sufren trastornos mentales, previendo intervenciones sin su consentimiento y definiendo las situaciones de urgencia.
- Pacto Europeo para la Salud Mental y el Bienestar de 2008, que aborda cinco áreas prioritarias, entre ellas la salud mental entre los jóvenes y en la educación. El 18 de enero de 2009, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución

2008/2009, asumiendo los postulados del Pacto, así como un conjunto de llamadas a desarrollar acciones relativas a la salud mental, tanto a nivel nacional como europeo.

- La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que fue creado en 1959 para velar por el cumplimiento del Convenio de 1950, creando con sus resoluciones un cuerpo de doctrina legal sobre las condiciones y garantías de los internamientos psiquiátricos: 1-Peritación médica objetiva; 2-Temporalidad y control judicial; 3-Establecimiento apropiado y habilitado al efecto; 4-Notificación e información; 5-Asistencia letrada y derecho al recurso.

### **1.1.3.- Normativa Española.**

- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, siendo su precepto básico en materia de salud mental el artículo 20, estableciendo los principios de actuación de la Administración Sanitaria: 1- Potenciación de los recursos asistenciales ambulatorios y los sistemas de hospitalización parcial y atención domiciliaria; 2-La hospitalización se realizará en las Unidades Psiquiátricas de los Hospitales Generales; 3-Coordinación de servicios sociales; 4-Cubrir aspectos de prevención primaria y atención a los problemas psicosociales.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente, regulando los límites del consentimiento informado y del consentimiento por representación.

En su artículo 9.2 establece que los facultativos podrán llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento: a) riesgo para la salud pública, recabando autorización judicial en el plazo máximo de 24 horas para internamiento obligatorio; b) riesgo inminente grave para la integridad física y psíquica del enfermo, no siendo posible obtener su autorización, contando con familiares o personas vinculadas.

En su artículo 9.3 establece el consentimiento por representación: a) paciente que no sea capaz de tomar decisiones, a través de su representante legal o personas vinculadas; b) paciente con capacidad modificada judicialmente, a través del tutor establecido en Sentencia; c) paciente menor de edad sin capacidad intelectual ni emocional, a través de su representante legal después de haber escuchado su opinión.

En su artículo 9.4 no permite el consentimiento por representación de los menores emancipados o mayores de 16 años; no obstante, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oído y teniendo en cuenta la opinión de este.

- Constitución Española de 1978, con varios preceptos que se ven afectados:

Artículo 17: *“Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma prevista por la ley”.*

Artículo 43: *“Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.*

Artículo 49: *“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran, y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a los ciudadanos”.*

## **1.2.- Solución: Artículo 763 De La Ley De Enjuiciamiento Civil**

Regula el internamiento involuntario de personas, mayores y menores de edad, por razón de trastorno psíquicos, lo que exige analizar sus presupuestos y requisitos:

- Sujetos Pasivos: a) personas que no estén en condiciones de decidirlo por sí mismos. Es generalmente aceptado que concurre este supuesto cuando se produce un riesgo para la integridad del enfermo o para las personas que les rodean, como riesgo de auto-agresividad, riesgo de hetero-agresividad, pérdida o grave disminución de la autonomía personal con incapacidad para cuidar de sí mismo. b) personas sujetas a patria potestad o tutela. En el caso de incapaces, el tutor necesitará autorización judicial, tan y como establece el artículo 271 del Código Civil. En el caso de menores de edad, no basta con el consentimiento de sus padres para que el internamiento se considere voluntario, precisando en todo caso autorización judicial e informe preceptivo del Ministerio Fiscal, tal y como establecen la Exposición de Motivos II y la Disposición Final 12ª de la Ley de Protección Jurídica del Menor, LO 1/1996.

- **Sujetos Activos:** por analogía con los procesos de incapacitación (artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), cónyuges o personas en situación de hecho asimilables, ascendientes, descendientes, hermanos y el Ministerio Fiscal. En situaciones de urgencia, bastaría con la solicitud de cualquier persona relacionada con el menor o que tenga conocimiento de la situación.
- **Clases:** a) ordinario, la Autoridad Judicial tiene que autorizar el ingreso con carácter previo b) urgente, el Facultativo decide el ingreso en primera instancia, con obligación de comunicarlo en 24 horas al Juez competente, quien deberá ratificar o dejar sin efecto la decisión en las 72 horas siguientes.
- **Competencia:** a) internamiento ordinario, el Tribunal del lugar donde reside la persona afectada por el internamiento b) internamiento urgente, el Tribunal del lugar donde radique el centro donde se haya producido el internamiento.
- **Intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado:** la urgencia psiquiátrica puede suponer que el Facultativo requiera intervención policial para la entrada en domicilios y para la reducción y traslado de las personas afectadas, sin autorización judicial, lo que está previsto en los artículos 11 y 54 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como en el artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana. El internamiento es un acto sanitario y la Policía actúa sólo como auxilio.
- **Lugar del Internamiento:** *“el internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”*. No suelen existir centros ni unidades específicamente dedicadas al tratamiento hospitalario de menores con enfermedades mentales. En la práctica se realizan en los servicios de pediatría, en las unidades de trastorno de la conducta alimentaria o en las unidades de medicina interna, pero debería haber unidades psiquiátricas infanto-juvenil.
- **Garantías Legales:** a) el Tribunal debe oír y examinar por sí mismo al menor afectado por el internamiento, para poder controlar el estado del paciente así como evitar algún móvil espurio o fraudulento. Este examen, no está sujeto a formalidad alguna, y puede desarrollarse en el domicilio del menor, el centro donde se encuentre ingresado o en el propio Juzgado, pero sí requiere que se recoja en Acta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia. b) se requiere Dictamen del Ministerio Fiscal, siendo preceptivo, pero no vincu-

lante, realizando un control de legalidad. c) se precisa Dictamen de Facultativo por el Juez designado. El artículo 479.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que a los Médico-Forenses les corresponde la asistencia técnica a Juzgados, Tribunales y Fiscalías en materias de su disciplina profesional, emitiendo informes y dictámenes en el marco de un proceso judicial. Sin embargo, el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no obliga a que sea un Médico-Forense, por lo que podría ser otro Facultativo, preferentemente especialista en psiquiatría, más aún en situaciones de urgencia. Sí parece una garantía que el Facultativo que emita este Dictamen sea diferente al que solicite el internamiento.

- Procedimiento: a) el menor afectado actuará representado por el Ministerio Fiscal, salvo que sea el que promueve el internamiento, en cuyo caso se le nombrará un Defensor Judicial. b) cabe recurso frente a la resolución (Auto) del Juez competente, apelación ante la Audiencia Provincial c) en el Auto judicial de internamiento, se expresará la obligación de los Facultativos que atiendan al menor internado de informar periódicamente al Tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de otros informes que solicite el Tribunal. Estos informes se emitirán cada 6 meses, salvo que el Tribunal establezca un plazo inferior en atención a la naturaleza del trastorno, tras lo cual el Tribunal decidirá mantener o no el internamiento d) el alta definitiva lo dará el Facultativo cuando considere que no es necesario mantener el internamiento, comunicándolo inmediatamente al Tribunal competente, por lo que no se requiere autorización judicial.
- Sentencias del Tribunal Constitucional 131/2010 y 132/2010: Analizan la solución del artículo 763 de la ley de enjuiciamiento civil, llegando a las siguientes consideraciones: a) establecen que todo internamiento afecta al derecho fundamental de la libertad del artículo 17 de la Constitución: *“Nadie puede ser privado de su libertad sino en las cosas y en las formas previstas en la ley.”* b) los derechos fundamentales deben regularse por ley orgánica, tal y como establece el artículo 81 de la Constitución, sin embargo, el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula los internamientos involuntarios, tiene rango de ley ordinaria c) es inconstitucional la previsión en ley ordinaria del internamiento forzoso de quienes padecen trastorno psíquico, pero no es nulo, ya que no se discute el contenido material sino la forma de ley ordinaria, además de que produciría un vacío en el ordenamiento jurídico, generando una situación de desprotección d) manda un mensaje al legislador: *“Estamos*

*ante una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar, razón por la que resulta obligado instar al mismo, para que, con la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica.”.*

## **2.- DISFORIA DE GÉNERO**

Analizar esta cuestión, nos debe llevar, en primer lugar, a definir conceptualmente la cuestión, determinar el marco legal internacional, europeo y nacional, así como las prestaciones existentes en nuestros sistemas de salud.

### **2.1.- Concepto**

Socialmente se define como el malestar interno con el sexo anatómico e identificación con el otro sexo. La discordancia personal entre el sexo asignado en el nacimiento y el género sentido, que genera un profundo rechazo hacia las características sexuales primarias y secundarias del sexo biológico.

Hay que diferenciar entre sexo y género: a) sexo es lo biológico y fisiológico, b) género es lo cultural, los roles sociales asignados a cada uno de los sexos, patrones de comportamiento que la sociedad atribuye a cada uno de ellos.

La transexualidad: a) es una manifestación de la disforia de género: la intención de vivir su desarrollo de conformidad con los hábitos y estereotipos del sexo opuesto al biológico b) la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007 lo define: *“transexual, según la doctrina médico-legal, es el sujeto que, presentando los caracteres genotípicos y fenotípicos de un determinado sexo o género, siente de modo profundo pertenecer al otro sexo, del cual ha asumido el aspecto exterior y ha adoptado los comportamientos y en el cual, por tanto, quiere ser asumido a todos los efectos y bajo cualquier sacrificio.”* c) se diferencia del intersexual ya que, el transexual tiene un sexo biológico inequívoco, mientras que el intersexual presenta una ambigüedad sexual que suele expresarse a través de la presencia simultánea de órganos sexuales femeninos y masculinos, es decir, coexisten elementos biológicos y fisiológicos de ambos sexos.

## **2.2.- Marco Legal**

### **2.2.1.- Internacional**

- El artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la declaración, sin distinción alguna de sexo.
- Los Principios de Yogyakarta de 2006, fueron elaborados a petición del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género.
- La Resolución 17/19 de 2011 del Consejo de Derechos Humanos, condena cualquier discriminación por orientación sexual e identidad de género.

### **2.2.2.- Europeo**

- Artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: prohíbe toda discriminación por razón de sexo u orientación sexual.
- Resoluciones del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, de 18 de enero de 2006 y de 24 de mayo de 2012, sobre igualdad de derechos de gays y lesbianas.
- Resoluciones del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989 y 28 de septiembre de 2001, sobre discriminación de los transexuales, orientación sexual e identidad de género.
- Directrices del Consejo de la Unión Europea de 24 de junio de 2013, sobre derechos humanos de las personas LGTBI.
- Resolución del Parlamento Europeo de 4 de febrero de 2014: establece la hoja de ruta de la Unión Europea contra la homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, indicando que los estados miembros deben reconocer los derechos civiles de las personas LGTBI, así como velar por los derechos de las personas transexuales e intersexuales.

### **2.2.3.- Nacional**

- Constitución Española: a) el artículo 14 establece la no discriminación por razón de sexo b) el artículo 10 reconoce la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad c) el artículo 9 obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva d) el artículo 39 establece la protección de la familia e igualdad de los hijos e) el artículo 48 protege los derechos de la juventud en el seno de la sociedad f) el artículo 43 regula la protección de la salud de los poderes públicos.
- Ley 3/2007, de 15 de marzo, de Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas: a) establece que no es necesaria la cirugía de reasignación sexual b) se requiere un diagnóstico médico de disforia de género y un tratamiento médico durante 2 años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado (tratamiento hormonal) c) el artículo 1 requería solicitud de persona mayor de edad, pero la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio lo declara inconstitucional, permitiendo la solicitud a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en situación estable de transexualidad d) La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2020 estima que no es necesario que un menor de edad lleve 2 años sometido a un tratamiento médico, el artículo 4 de la ley prevé la no exigencia cuando razones de edad impidan su seguimiento e) La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de marzo de 2015 requiere a los Estados miembros a facilitar los documentos que reflejen la identidad de género sin requisito previo de reasignación sexual o tratamiento hormonal.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: a) en su artículo 2.2 establece como criterio general de interpretación del interés superior del menor, la preservación de su orientación e identidad sexual b) su artículo 11 indica el principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: el libre desarrollo de la personalidad conforme a su orientación e identidad sexual.
- Ley 33/2011, General de Salud Pública: su artículo 6 establece que las actuaciones de salud pública deben desarrollarse en condiciones de igualdad, sin que se pueda establecer discriminación por razón de la orientación sexual o identidad sexual.

- Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre: establece la cartera de servicios comunes del servicio nacional de salud, no incluyendo tratamientos psicológicos, endocrinos y quirúrgicos dirigidos a la reasignación de sexo, pero tampoco aparecen en los servicios excluidos de su artículo 5, y en su artículo 11 permite a las comunidades autónomas establecer carteras de servicios complementarias no financiadas por el sistema nacional de salud.
- Leyes Autonómicas de igualdad de trato y no discriminación por motivos de identidad de género, reconociendo la libertad sexual y los derechos de las personas transexuales y LGTBI:
  - Ley 12/2009 Foral de Navarra.
  - Ley 14/2012 del País Vasco.
  - Ley 2/2014 de Andalucía.
  - Ley 8/2014 de Canarias.
  - Ley 2/2014 de Galicia.
  - Ley 11/2014 de Cataluña.
  - Ley 12/2015 de Extremadura.

### **2.3.- Protocolo Asociación Internacional Harry Benjamin**

Establece los criterios de actuación frente a situaciones de disforia de género en menores de edad.

- Unidades de trastorno de identidad de género: diagnóstico y tratamiento.
- Profesionales especializados en cada fase: psiquiatras, endocrinos y cirujanos.
- Fases del tratamiento:
  - tratamiento psicológico: diagnóstico de disforia de género, regulado en las Leyes autonómicas citadas.
  - tratamiento hormonal o endocrinológico: bloqueo hormonal y tratamiento hormonal cruzado, permitido en las Leyes autonómicas mencionadas.
  - tratamiento quirúrgico: permitido en los artículos 5 y 11 del Real Decreto 1030/2006, sin embargo, el artículo 156 del Código Penal permite la cirugía transexual con el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido por personas mayores de edad, prohibiéndolo para menores de edad, ni si quiera con el consentimiento de sus representantes legales.

- la única posibilidad de superar esta prohibición de cirugía transexual en menores de edad sería con una aplicación analógica del artículo 156 del Código Penal, que permite autorización judicial para practicar esterilizaciones en menores de edad, en supuestos excepcionales en los que se produzca un grave conflicto de bienes jurídicos protegidos a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado. Otra opción, sería acudir el artículo 158 del Código Civil, que permite al Juez, de oficio, a instancia del menor o del Ministerio Fiscal, adoptar cualquier medida a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

#### **2.4.- Prestaciones Autonómicas**

Se recogen varias referencias a los menores de edad transexuales en el ámbito sanitario, a través de la legislación autonómica anteriormente citada:

- Los sistemas públicos deben proporcionar diagnósticos y tratamientos oportunos.
- Derecho de los menores a ser informados y consultados.
- Derecho a la atención de profesionales con experiencia.
- Necesidad de creación de unidades de referencia en materia de transexualidad.
- Creación de la guía clínica para la atención de personas transexuales.

Se reconoce el derecho a recibir diagnóstico y tratamiento médico para los menores de edad transexuales:

- Tratamientos psicológicos y hormonales: de acuerdo con la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, los menores de 16 años requieren consentimiento de sus representantes legales teniendo en cuenta la opinión del menor maduro, mientras que los mayores de 16 años pueden consentir dichos tratamientos contando con la opinión de los padres salvo grave riesgo para la salud del menor en que se requiere consentimiento de los padres escuchando lo opinión del menor.
- Tratamientos quirúrgicos: está excluidos para los menores de edad por el artículo 156 del Código Penal citado.

Cabe la posibilidad de acudir al artículo 158 del Código Civil mencionado, recabando autorización judicial, acudiendo a un procedimiento de jurisdicción voluntaria, regulado en el artículo 87 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, cuya competencia corresponde al Juez de 1ª Instancia del lugar de residencia del menor, de oficio o a petición del menor, familiares o del Ministerio Fiscal, siendo siempre parte el Ministerio Fiscal para la defensa de los intereses del menor, con la posibilidad de nombrar un Defensor Judicial en caso de conflicto de interés del menor con sus padres como prevé el artículo 164 del Código Civil.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ÓSCAR DANIEL LUDEÑA BENÍTEZ *“Aspectos constitucionales y procesales del internamiento por razón de trastorno psíquico: especial referencia a la STC 132/10 y a la naturaleza jurídico procesal de la institución”*.
- SANTIAGO DELGADO BUENO, FRANCISCO RODRÍGUEZ PULIDO Y JOSÉ LUIS GONZÁLEZ DE RIVERA *“Aspectos médico-legales de los internamientos psiquiátricos”*.
- LUIS FERNANDO BARRIOS FLORES *“La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales”*.
- MILAGROS MOLINA DE BORBÓN *“Internamiento psiquiátrico involuntario”*. CEU Universidad San Pablo. Trabajo fin de Master, Master en Derecho Sanitario.
- CAROLINA RAHEB VIDAL *“Aspectos legales y éticos en la Psiquiatría de la Infancia y la Adolescencia”*.
- CLARA VEGA VEGA *“Internamientos psiquiátricos. Aspectos médico-legales”*. Instituto de Medicina Legal de Alicante. 2009.
- F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN *“Problemas legales en el tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad”*.
- JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO *“Menores transexuales. Su protección jurídica en la constitución y legislación española”*. Revista Española de Derecho Constitucional. 2016.
- ARÁNZAZU BARTOLOMÉ TUTOR *“Vía libre para el cambio de sexo y nombre de menores con disforia de género”*.

# **CAUCE PROCESAL EN LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE LA ASISTENCIA AL MENOR**

**Ilma. Sra. D<sup>ª</sup>. Sonia Gandolfo Barja**

*Ex fiscal delegada de menores de la  
Fiscalía provincial de Badajoz*

Las relaciones cotidianas en las que el menor requiere los servicios del médico, no suelen plantear grandes problemas jurídicos en la medida en que, en ellas se presume un consentimiento tácito y automático que permite actuar al facultativo y legítima su actuación. El problema surge y adquiere especial relevancia jurídica cuando la intervención del profesional sanitario es más intensa y requiere una actuación directa sobre el cuerpo del menor. En estos casos tiene una importancia esencial el consentimiento del paciente que, con arreglo a su autonomía individual y al libre desarrollo de su personalidad, lo convierte en sujeto receptor del acto médico puesto que sin esta libre concurrencia de voluntades, la actuación del médico queda deslegitimada y puede ocasionar su responsabilidad jurídica, incluso la penal.

En el ámbito sanitario, confluyen dos actores: el médico y el paciente. Sin embargo, en el ámbito pediátrico o cuando el paciente es un menor a estos dos actores se le suma los representantes legales del paciente. Si bien lo normal es una actuación sin mayor problema en el que las pautas dadas por el médico sean asumidas por los padres del menor, sin embargo, en ocasiones surgen desacuerdos entre los distintos intervinientes que provocan no solo una cuestión médica para el profesional médico sino una cuestión jurídica, que afectan en su quehacer profesional.

Sin embargo, la respuesta que da nuestro ordenamiento jurídico a esta cuestión, tratándose de menores, no es tan clara como hubiera sido deseable, aun cuando, se ha producido una cierta preocupación por parte del legislador de reconocer al menor, un nuevo status, es decir, de un ser disminuido, objeto de protección de los padres y Estado a un auténtico sujeto de derechos subjetivos, entendidos como el interés del menor en el desarrollo de su propia autonomía. Tal como reconoce la propia Exposición de Motivos del LOPJM *“el ordenamiento jurídico y esta ley en particular va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos participativos y creativos con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y de las de los demás”*.

El primer problema con el que topamos al analizar esta materia se plantea por la necesidad de compatibilizar las normas civiles, que son las que establecen el régimen jurídico general de la capacidad de obrar del menor, con las normas sanitarias, que son las que especifican esta capacidad en el ámbito de la salud. Sucede, sin embargo, que no existe una única manifestación general de la capacidad de obrar, sino que en el propio Código Civil existen diferentes tratamientos de ella dependiendo del tipo de actividades que se pretendan realizar. Como regla general, se ha establecido que

la capacidad de obrar se adquiere automáticamente al llegar a la mayoría de edad, esto es, al cumplir los dieciocho años. Así de claro y contundente se muestra el art. 315 del CC al establecer que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil. Hasta ese momento, son los padres o tutores del menor los que complementan esa falta de capacidad.

Por ello si dejamos determinado que menor, a tenor de Nuestra Constitución según su artículo 12 que los españoles adquieren la mayoría edad a los dieciocho años, y el artículo 315 del Código Civil concluimos que toda persona menor de dicha edad en nuestro territorio es menor de edad, para concretar mas dicha afirmación es necesario acudir a la Ley Orgánica de protección jurídica del menor 1/96 que en su artículo 1 determina que *la aplicación de la presente ley y sus disposiciones son de aplicación a los menores de dieciochos años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.* Precepto que no es más que una transcripción de la Convención del Derecho niño que define como al menor en los mismos términos.

A este concepto debemos concretar otros dos conceptos íntimamente ligados; la capacidad jurídica como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, unida a la personalidad, de tal modo que todas las personas tienen capacidad jurídica. Pero no todas las personas pueden ejercitar esos derechos de la misma manera, al ser preciso que confluya la capacidad de obrar, que da eficacia a los actos realizados. Esta puede ser plena, como ocurre en el caso de las personas mayores de edad no incapacitadas legalmente. Pero puede estar limitada como la minoría de edad.

Los menores de edad no pueden realizar todos los actos con eficacia jurídica, debiendo suplirse esta falta de capacidad de obrar mediante la patria potestad o la tutela. Al no existir una regulación general y clara con respecto a las reglas relativas a la capacidad de los menores de edad, provoca no pocas colisiones o distintas interpretaciones y ello debido a la mayor autonomía que va adquiriendo el menor en nuestro ordenamiento que no va a la par con la concepción de la sociedad o de los padres por su status de protectores que desemboca en algunos supuestos en proteccionismo mal entendido.

En relación con lo anterior, encontramos en la LOPJM en su artículo 2. *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas*

*o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.*

*2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:*

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.*
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.*
- c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.*
- d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.*

*Y en consonancia el art. 162.II CC, según el cual: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.*

Así pues, el carácter personalísimo de los derechos de la personalidad impide el fenómeno de la representación. El reconocimiento expreso de la capacidad natural en este campo, como excepción a la incapacidad de obrar plena, va dirigido, en suma, a no impedir el ejercicio de derechos fundamentales a sujetos que estén, realmente, en condiciones adecuadas para el mismo, excluyendo, a la vez, a los representantes legales de esta esfera jurídica del menor.

Lo que, no significa que los padres no puedan en ningún caso adoptar decisiones concernientes a estos derechos respecto de sus hijos menores de edad —por ejemplo, acerca de la salud de los hijos y de las medidas que se deban adoptar—. Lo que ocurre es que, cuando actúan los padres en esta esfera lo hacen no como representantes legales de sus hijos sino en función de su deber de velar por ellos.

A este respecto, el art. 39 CE establece que *“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*. aunque los hijos menores de edad tengan una suficiente capacidad natural de juicio, ello no elimina el deber de sus progenitores de procurarles en todo momento la asistencia que estos requieran. El deber de los padres de velar por sus hijos no puede desaparecer por la voluntad de éstos de acuerdo con el art. 154 del CC

Entendemos por tanto que patria potestad es *“el conjunto de derechos y deberes recíprocos que tienen padres e hijos no emancipados y que siempre se debe ejercer en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica”*, conforme al Artículo 154 del Código Civil. Este texto legal prescribe que los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres y que esta potestad, como responsabilidad parental, se ejercitara siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de sus funciones, recabar el auxilio de la autoridad”.

Por tanto, la patria potestad, comprende los deberes de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos educarlos y procurarles, una formación integral. Se entiende que aunque no diga expresamente, que dentro del derecho de velar por ellos, como de deber genérico de cuidado se integra el derecho específico de cuidar la

salud de sus hijos, al ser un derecho fundamental que se integra dentro de la vida e integridad física reconocido en el art 15 de la CE y expresamente recogido en la CDN art 24.

Ahora bien, el cumplimiento del deber de cuidar la salud de su hijo y de garantizar la asistencia médica exige un ejercicio conjunto de ambos padres, referencia a ello se encuentra en el RD de ensayo clínicos, en su art 7 en donde dispone que si el sujeto del ensayo, es un menor se obtendrá el consentimiento de informado previo de ambos padres. Choca sin embargo que en el artículo 9.3 Ley básica de autonomía del paciente, que prevé, la prestación del consentimiento del menor por su representante legal, debiéndose entender de forma genérica, siendo de aplicación lo dispuesto en el Código civil en concreto el art 162. En este sentido, la Sentencia TS 5966/2013 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2013, que refiriéndose a la patria potestad establece que *“este ejercicio supone que las decisiones importantes relativas a los menores serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo, y en caso de discrepancia resolverá el juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil”.... son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones..... Aquellos Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos...”*

Sin embargo, el artículo 154 del CC, incluye el deber de representación con respecto a sus hijos, sin embargo, si acudimos al artículo 162 desarrolla diciendo que los padres ostentan la representación legal de sus hijos menores con alguna excepción en el párrafo segundo *“los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros del hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismos. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre padres e hijos...”*

En consonancia con ello topamos con la ley 4/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:*

- a) *Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

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

Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

*7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.”.*

Se otorga el consentimiento por representación cuando el paciente menor no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso lo dará el representante legal después de haber escuchado al menor si tiene doce años. De forma que garantiza la audiencia del menor de doce años utilizando un criterio cronológico. En este caso se otorga el consentimiento a los representantes legales como obligación de garantes de la salud de su hijo.

En el supuesto de menores de 16 y 17 años que no sean incapaces o estén incapacitados los emancipados y los menores de esta edad cuando tengan suficiente madurez, es el propio menor el que presta su consentimiento, es tajante la ley no cabe consentimiento por representación.

Sin embargo, pueden surgir colisiones de intereses entre los menores y los padres y como opinan algunos autores cuando en la relación triangular se resquebraja por distintas posiciones que puedan afectar al menor, debe darse paso a la intervención judicial como última alternativa de protección al menor. Ahora bien, si los padres se oponen a un tratamiento poniendo de esta forma en peligro la vida o salud del menor, el médico debe de comunicarlo al juez competente. En caso de discrepancia entre el menor y sus representantes legales y existen dudas sobre la madurez del menor sería conveniente que decida el juez, pudiendo acudir al fiscal.

La intervención de los representantes legales ha de estar encaminada a favorecer la salud del representado, de modo que, en aquellos casos en el que los padres no otorguen el consentimiento en una actuación médica (convicciones religiosas) y esta es necesaria para la salud del menor el juez puede suplir él, la autorización ya que afecta al interés del menor. Puesto que, si atendemos a la letra del art 154 del CC, a los padres se les imponen la obligación para con los hijos de velar por ellos, lo que impide que un progenitor pueda por sus concepciones religiosas poner en peligro la vida del menor. Por lo que en caso de conflicto debe de prevalecer los deberes

que configuran la patria potestad y por ello el que debe de examinar y resolver el conflicto será el juez que es el encargado de tutelar los derechos y resolver los conflictos entre los derechos de los padres y los del menor.

Para encauzar estos conflictos contamos con el artículo 158 del CC

*El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:*

- 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.*
- 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.*
- 3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:*
  - a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*
  - b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*
  - c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*
- 4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.*
- 5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.*
- 6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.*

*En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.*

*Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”*

La principal característica de este precepto es el de la inmediatez y la necesidad de respuesta inmediata ante situaciones que se pueden representar como posibles, siendo esto una respuesta a la legislación de menores en donde se consagra la agilidad e inmediatez en todos los procedimientos en que afecten a menores para evitarles perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de los procedimientos judiciales y así se mantiene en la Exposición de motivos de la ley 26/15.

El artículo 158 párrafo 6 *En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.”* Dicho apartado genérico y amplio en cuanto al objeto del procedimiento cuando refiere apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. No hace más que englobar en su espíritu una fórmula abierta de todos los posibles supuestos en que de riesgo o peligro en puede encontrarse un menor y entre ellos sin ningún tipo de duda se encuentra la propia salud del menor. Teniendo por tanto encaje el uso de dicho precepto para garantizar el derecho a la salud del menor cuando existan un peligro para la misma del menor.

Por ello, hemos de entender que este artículo será de aplicación no solo para los problemas que surjan en las relaciones paterno filiales, sino que el objeto del mismo será cualquier situación de hecho, que en un momento concreto suponga un peligro o un perjuicio para el menor que pudieran ser evitables si se pone en funcionamiento el aparato judicial para la adopción de aquella resolución que se considere oportuna atendiendo a los principios de interés superior del menor.

Dicho precepto, pretende dar una respuesta judicial inmediata a todas aquellas situaciones en las que se encuentre el menor que le sean perjudicables y por ello permite que las personas que soliciten al juez la adopción de medidas o solución de la controversia es amplia desde el propio juez de oficio si tienen conocimiento de dicha situación, el propio menor, cuando se encuentra en una situación de riesgo; tercera persona en términos generales tanto del ámbito familiar como todo aquel profesional que tenga conocimiento de dicha situación en cuyo caso para el caso que nos ocupa, están perfectamente legitimados los profesionales médicos que están inter-

viniedo con un menor, bastara que sea cualquier persona que haya detectado una situación de riesgo para que sean adoptadas las medidas urgentes y el Ministerio Fiscal ya que interviene en interés de las personas necesitadas de protección .

El artículo señala un catálogo abierto de medidas, permitiendo que la adopción de las medidas sea dentro de cualquier proceso ya sea penal o civil así como en un expediente de jurisdicción voluntaria en este sentido el artículo 1.2 de la ley15/15 de Jurisdicción voluntaria “ *determina que se considera expediente de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de los derechos e intereses en materia de derecho civil y mercantil sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso*”. Por tanto, cualquiera que sea la forma procesal que se adopte viene autorizado por el propio artículo 158 debido a la inmediatez y perentoriedad de la medida que se debe adoptar.

Este procedimiento tiene que estar avalado por la necesidad de la inmediatez y la urgencia de la decisión así como la evaluación de la situación de peligro en que se encuentra el menor.

Se permite la adopción de estas medidas urgentes dentro no solo de un proceso civil, penal o jurisdicción voluntaria sino también dentro de un procedimiento principal bien sea civil o penal bien de forma intrínseca al propio procedimiento principal, como medida cautelar o provisional o de forma independiente del objeto principal siempre que se derive una necesaria actuación judicial para evitar situaciones perjudiciales para el menor.

El artículo 158 en su párrafo 3 cuando dispone que el Juez de oficio o a instancia de del propio menor o de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictara .... Las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor del peligro o de evitarle perjuicios” Se esta refiriendo a que la intervención judicial se producirá en aquellos casos que exista un peligro para el menor y que no tengan la gravedad suficiente para la privación del derecho a la patria potestad ello lo podemos avalado por los trabajos prelegislativos del artículo 158 en el que señala “*cuando la seguridad, la salud... de un menor se encuentre en peligro o no se dan los requisitos para la privación de la patria potestad podrá el juez a requerimiento del ministerio fiscal o de cualquier pariente del menor dictar las disposiciones que considere más adecuadas ...*”. El derecho comparado así lo ha entendido entre ellos el Code francés “*cuando la salud o seguridad de un menor estén en peligro*” el código portugués cuando la seguridad o salud del menor se encuentren en peligro...

Existe también colisión, cuando no se localicen a los representantes legales y estos deben de autorizar una actuación médica. En estos casos la falta de presencia debe de ser entendida como falta de consentimiento, debiendo entonces el servicio sanitario poner en conocimiento de la autoridad judicial dicha situación en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 13 de la LOPJM 1/96. *“1. Toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise...”*.

Según la urgencia mayor o menor del momento para la intervención médica debe de distinguirse varios casos: La comunicación al Juzgado no se remitirá al juzgado si la intervención es absolutamente urgente (estado de necesidad terapéutico). Se remitirá al juzgado de guardia cuando la intervención es urgente, y la comunicación se remitirá al Ministerio fiscal cuando la intervención no sea urgente para que incoe el oportuno expediente procesal ante el órgano que pueda ser competente (civil, familia, penal).

Atendiendo a la autonomía del paciente al consentimiento por representación previsto en el art. 9.3 también tiene su aplicación conforme artículo 158 CC puesto que cuando la intervención médica genere un riesgo grave para el menor debe matizarse lo señalado en dicho precepto, porque incluso tratándose de menores maduros o mayores de 16 años en donde el art 9.3 los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente, pero la decisión corresponde no al menor sino al médico que aprecie el riesgo y tiene la obligación de informar a los padres y tener en cuenta dicha opinión .

En casos de extrema gravedad pueden surgir conflictos entre la opinión del menor y los padres con la indicación médica. Para ellos tenemos el precepto citado y se aplicara:

- 1.- cuando un menor maduro rechaza una intervención médica con riesgo para su vida si los representantes son partidarios de dicha intervención, aun cuando pueda realizarse legalmente sería conveniente por ser respetuoso con la ley de la autonomía del paciente acudir al juez de guardia para que adopte la decisión en aplicación del art 158.
- 2.- cuando tanto menor como sus representantes legales rechacen la intervención médica con grave riesgo para la vida del menor el medico conforme el precepto señalado debe de plantear el conflicto medico/ menor, represen-

tantes legales ante la autoridad judicial de guardia bien directamente o acudiendo al fiscal. ahora bien, si la urgencia del caso no permite dicha comunicación judicial se procederá a dicha intervención sin autorización judicial al amparo del cumplimiento de un deber o estado de necesidad.

- 3.- el menor maduro presta su consentimiento a dicha intervención cuya omisión provocaría un grave riesgo para la vida o salud del menor y los representantes legales se oponen al mismo, se estará a la autodeterminación que la ley reconoce a la madurez del menor maduro, pudiendo el medico aplicar el tratamiento sin necesidad de recurrir al precepto mencionado.
- 4.- si los representantes legales del menor de dieciséis años rechazan la intervención médica, que supondrá un riesgo para la vida o salud del menor. Dicho conflicto entre la opinión de los representantes legales y la salud del niño se planteará ante el juzgado de guardia bien directamente por el médico que le asiste o ante el fiscal, en caso de urgencia la intervención será amparada por el cumplimiento del deber o estado de necesidad.
- 5.- no olvidemos que las decisiones deben de ser tomadas de forma conjunta por parte de los progenitores y que en muchos casos estos no muestran su acuerdo siendo preciso atender los criterios anteriores. Acudiendo en todo caso a la autoridad judicial, pero de familia al ser cuestión sobre el ejercicio de la patria potestad.

Una vez que hemos hecho uso del artículo 158 del CC, y como nos encontramos en el apartado 6 de dicho precepto se abordaran dentro del proceso civil o penal , la competencia vendría dada en virtud de dichos procesos y el cauce seria el dado por la expediente de jurisdicción voluntaria de la ley 15/15 , es decir cuando la medida solicitada al amparo del artículo 158 ha de adoptarse dentro de un proceso civil o penal pueden adoptarse en los mismos, como medida cautelar urgente o de debe de acudir a la jurisdicción voluntaria.

Al señalar que se adoptaran las medidas en cualquier proceso civil o penal o de jurisdicción voluntaria. No esta vetada la actuación a un único proceso, sino que tiene carácter amplio. Lo que habría que ver es si existe un proceso contencioso abierto y en caso contrario acudiremos a expediente de jurisdicción voluntaria. en base a la propia naturaleza del artículo 158. En el ámbito penal existen mecanismos en de adopción de medidas urgentes sin acudir a dicho precepto. Y sobre todo por la nota de perentoriedad en los supuestos del párrafo 6 en donde la media es de más amplia variedad de las que pueden ser adoptadas en los procesos civiles o penales.

En este sentido el Artículo 87.de la LEY JV,

1. *Se aplicarán las disposiciones de esta Sección para adoptar medidas en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o a la administración de sus bienes en los casos a que se refieren los artículos 158, 164, 165, 167 y 216 del Código Civil. Y en concreto:*
  - a) *Para la adopción de las medidas de protección de los menores y de las personas con capacidad modificada judicialmente establecidas en el artículo 158 del Código Civil.*
  - b) *Para el nombramiento de un administrador judicial para la administración de los bienes adquiridos por el hijo por sucesión en la que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y no se hubiera designado por el causante persona para ello, ni pudiera tampoco desempeñar dicha función el otro progenitor.*
  - c) *Para atribuir a los progenitores que carecieren de medios la parte de los frutos que en equidad proceda de los bienes adquiridos por el hijo por título gratuito cuando el disponente hubiere ordenado de manera expresa que no fueran para los mismos, así como de los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera.*
  - d) *Para la adopción de las medidas necesarias para asegurar y proteger los bienes de los hijos, exigir caución o fianza para continuar los progenitores con su administración o incluso nombrar un Administrador cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo.*
2. *Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores o la atribución de la guarda y custodia de los hijos hubiera sido establecido por resolución judicial, así como cuando estuvieran sujetos a tutela será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido del inicial.*

3. *Las medidas a que se refiere este Capítulo se adoptarán de oficio o a instancia del propio afectado, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Cuando se soliciten respecto de una persona con capacidad modificada judicialmente, podrán adoptarse asimismo a instancia de cualquier interesado.*

Atendiendo a dicho precepto, se acudirá a dicho procedimiento desde el momento en que se tenga conocimiento de una situación de riesgo para el menor al juzgado para solicitar la adopción de medidas urgentes, el Juez convocara a las partes a una vista en donde se oirá a todos los intervinientes, practicando las pruebas pertinentes y adoptara la resolución oportuna.

A la vista de todo lo expuesto podemos concluir que en el ámbito medico y los menores distinguimos dos tipos de mayoría sanitaria la simple (16 años) y la cualificada (18 años).

Todo menor de dieciséis años conforme la legislación sanitaria goza de independencia sanitaria y tiene plena capacidad para aceptar o rechazar la información clínica, compartirla o no con sus representantes legales aceptar o rehusar el tratamiento medico, dar su consentimiento o revocarlo. Ningún menor de dieciséis años necesita la intervención de sus padres para consentir libremente.

El riesgo grave influye en la mayoría de edad sanitaria. el riesgo grave mediato, reduce dicha mayoría del menor y obliga a informar a los padres. sin embargo, la decisión corresponde al menor. Distinguiendo dos supuestos Si el menor de 16 años esta emancipado su decisión prevalece sobre la opinión de sus padres. Si el menor no está emancipado, su decisión prevalece sobre la de sus progenitores. Sin embargo, en caso de conflicto con los padres esta decisión puede ser adoptada por autoridad judicial. En el supuesto de riesgo grave inmediato, queda eliminada la autonomía del menor y excluyendo el consentimiento informado del menor o de sus representantes legales. No hay consentimiento en estado de necesidad terapéutica.

Todo menor de dieciséis años carece de capacidad sanitaria y los padres en cumplimiento de los deberes de la patria potestad prestan su consentimiento por sustitución. Esta decisión debe de ser adoptada de forma conjunta por ambos progenitores atendiendo al superior interés del menor.

Ahora bien si la decisión sanitaria se considera perjudicial para el menor debe de ser comunicada por parte del facultativo ala ministerio -fiscal como deber de infor-

mación por si se considera que pudiera existir una situación de riesgo y incoar el oportuno procedimiento.

En el ámbito de protección de los menores no debemos solo reducirlo en el ámbito sanitario a los conflictos interfamiliares en una actuación médico, sino que puede ser que lleguen a las consultas, menores que pudieran ser víctimas de violencia doméstica, bien maltrato, negligencia, maltrato físico, violencia de género, abusos sexuales en cualquiera de sus modalidades. En estos supuestos, es imprescindible a la aplicación inmediata del *protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar*, en el que siguiendo las directrices de la Convención del Derecho del niño, sobre que el menor tiene derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia, por ello siguiendo la ley Orgánica 1/2004 de Medidas de protección Integral contra la violencia de Género en la que hace incapi a la necesidad de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer contra los menores, definiendo el interés superior del menor como la consecución de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado libre de violencia. Introduciendo de este modo la posibilidad de poner en conocimiento cualquier persona que tenga noticia de la existencia de un posible delito contra los menores a los Fiscales y la obligación de las autoridades públicas y profesionales de comunicarlo, exigencia que se extiende a los profesionales que tengan contacto habitual con menores.

Hemos de tener en cuenta que la violencia contra los menores tiene un amplio abanico de modalidades y circunstancias que pueden darse en distintos contextos y con la implicación de diversos profesionales.

Si partimos que el objeto de este protocolo es promover la coordinación interinstitucional para mejorar la atención a los menores víctimas de maltrato, evitando la victimización que pudieran sufrir en el proceso de intervención. Así como garantizar unos estándares mínimos en la atención e intervención a los niños víctimas de maltrato en el ámbito familiar cualquiera que sea su origen o condición en aplicación del artículo 1 de la Ley de Protección Jurídica del menor.

Entendiendo por maltrato infantil “ *Acción u omisión o trato negligente, no accidental, que priva al niño de sus derechos y su bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social y cuyos autores pueden ser personas, instituciones o la propia sociedad*” El protocolo centra la definición en el ámbito familiar al señalar que se entiende por maltrato infantil cualquier acción física, sexual, emocional u omisión no accidental en el trato hacia un menor por

parte de sus padres o cuidadores que le ocasionan un daño físico o psicológico que amenece su desarrollo tanto físico como psicológico.

Dicho maltrato tiene distintas tipologías y el menor se puede encontrar atendiendo a la LO1/96 en una situación de riesgo o de desamparo, Incluyendo el protocolo que se encontrar en una situación de riesgo el menor en el que se observe que se ha producido un maltrato leve y en una situación de desamparo cuando el maltrato es grave, es decir aquellos indicadores que ponen de manifiesto una situación de peligro en la integridad y bienestar del menor. Dichas modalidades hacen que las actuaciones también sean distintas, ya que si existe una sospecha o situación de maltrato leve deben de comunicarse las mismas a los servicios sociales del domicilio del menor, para que procedan a su valoración y en el caso que sea preciso la adopción de medidas de apoyo al menor y a la familia. En el supuesto que nos encontremos ante un maltrato grave debe de comunicarse a los agentes actuantes con menores y comunicar inmediatamente a los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma.

El protocolo es claro con respecto a la pautas de intervención ante casos de maltrato infantil, puesto que haciendo suya el contenido del artículo 13 de la LO 1/96 “ toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicara a la autoridad o sus agentes más próximos, si perjuicio de prestarlo el auxilio inmediato que precise” y ello en consonancia con el art. 262 de la LECR *“los que por razón de su cargo , profesión u oficio tuvieren noticia de algún delito público están obligados a denunciarlo al ministerio Fiscal, juez instructor , funcionario de la policía ...”*.

Por tanto, si por detectar entendemos que es reconocer o identificar la existencia de una posible situación de maltrato infantil es preciso que ante cualquier sospecha se tiene que poner en conocimiento de forma inmediata ante los agentes de la policía UFAM o fiscalía de menores. Una vez detectado la situación es preciso notificar o trasladar dicha información sobre el supuesto caso de riesgo o maltrato, siendo esta una obligación legal y profesional de los sanitarios y recordar que el hecho de dar esta comunicación no quiere decir que se esta denunciado expresamente por los sanitarios la existencia de un delito, lo que se realiza es una comunicación de la posible existencia de la comisión de un delito y la situación de riesgo o desamparo en la que se encuentra el menor.

Se debe de cumplimentar la hoja de notificación específicas para ellos y debe de ser lo más detallada posible, debiendo remitirse cuando se trata de una situación de

maltrato leve ponerlo en conocimiento de los Servicios Sociales y a su vez a la fiscalía de menores para que puedan iniciar el procedimiento civil de situación de riesgo del menor en cuestión. Mientras que si los hechos son un maltrato grave debe a la mayor brevedad dar cuenta a la UFAM y a su vez a la fiscalía de menores para la adopción de medidas de protección por parte de la Comunidad autónoma mediante el correspondiente expediente de protección de menores, remitiendo a su vez al Juzgado de Guardia el parte de urgencia.

Si bien, en el protocolo se refiere a comunicación escrita, sería aconsejable que la misma se adelantara por comunicación telefónico para una mejor coordinación entre todos los operadores para adoptar las medidas precisas de protección del menor. No olvidando que se remitida el oportuno parte al juzgado de guardia competente para proceder por la vía penal si fuere preciso.

La comunicación a los agentes especializados de la policía para la actuación con menores viene a su vez establecida en el protocolo de actuación con menores de 1/2016.

## BIBLIOGRAFÍA

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. GACETA de 25 de Julio de 1889. Vigencia desde 01 de mayo de 1889. Revisión vigente desde 25 de junio de 2021 hasta 02 de septiembre de 2021
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE de 17 de enero de 1996
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. «BOE» núm. 158, de 03/07/2015
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. «BOE» núm. 274, de 15/11/2002 Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar.
- Instrucción de la Fiscalía General del estado 2/15
- Circular de la Fiscalía General del Estado 1/12
- González Mirasol, P. Artículo de Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica
- El Fiscal y la protección jurídica de los menores guía práctica. Fiscalía General del Estado 2013
- Díaz Cappa, J. Protección judicial del menor notas del artículo 158 del CC

# **DILEMAS LEGALES EN LA ASISTENCIA MÉDICA AL MENOR**

**Dr. D. Luis Ortiz González**

*Pediatra.*

*Vocal de Medicina Privada por cuenta propia del icomBA.*

*Profesor de la facultad de Medicina de Badajoz.*

*Universidad de Extremadura*

La mayor parte de los pediatras no somos conscientes de las repercusiones legales que tiene el ejercicio de nuestra profesión. Teniendo en cuenta que el desconocimiento de la Ley no exime de su cumplimiento (Art. 6.1. Código Civil), debemos familiarizarnos con el marco legal que concierne a nuestra actividad asistencial, y al paciente pediátrico y su entorno.

Cuando hablamos de dilemas éticos o legales en la práctica asistencial, solemos pensar en situaciones “extremas”, como pueden ser los límites de supervivencia de los grandes prematuros, las decisiones al final de la vida de pacientes terminales o cuestiones relacionadas con la reproducción asistida y técnicas selección de embriones. Esto es sólo una parte reducida del tema en cuestión.

Actualmente, las discrepancias entre padres separados sobre la realización de pruebas diagnósticas y administración de tratamientos y vacunas a sus hijos, petición de informes, solicitudes del respeto a su intimidad y confidencialidad de los adolescentes, anticoncepción, relaciones sexuales y cirugía plástica y reparadora en menores, sospechas de maltrato y partes de lesiones se han convertido en motivos de consulta habituales<sup>1,2</sup>.

En este capítulo vamos a abordar las cuestiones que mayor grado de controversia ocasionan en la práctica asistencial ordinaria, como son:

1. Parte de lesiones
2. Intervenciones de cirugía plástica y reparadora en menores de edad
3. Manejo de la información y actuaciones del médico en la atención a menores de edad ante situaciones de conflicto familiar
4. Relaciones sexuales y anticoncepción en adolescentes
5. Vacunación infantil y sus particularidades
6. Aspectos éticos y legales en la atención al paciente con trastorno con déficit de atención e hiperactividad (TDAH)

## **1.- PARTE DE LESIONES**

El parte de lesiones es un documento por el cual se pone en conocimiento del Juzgado de Guardia la existencia de lesiones en una persona, la acción causante de las mismas, pronóstico y, en su caso, otros datos relacionados con los hechos que motivan la asistencia sanitaria<sup>3</sup>.

El concepto de “lesión”, viene recogido en el Código Penal, como *“todo menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental”*.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge en los artículos 262 y 355 la obligación de realizar el parte de lesiones<sup>4</sup>.

Esto no significa que el médico deba informar a la justicia de toda lesión que asista, sino sólo de aquellas que puedan ser constitutivas de una conducta delictiva. Esto incluye la existencia de lesiones de diversa índole: físicas, psíquicas, intoxicaciones, sospecha de abortos, etc. Pero puede darse el caso que de una lesión que, en principio, pueda no ser considerada como constitutiva de una conducta delictiva, lo sea en realidad. En este caso, será en la historia clínica del paciente, o en el informe clínico de alta, donde quedarán reflejados los datos que debieran haberse incluido en el correspondiente parte de lesiones.

La importancia médico-legal del parte de lesiones es capital, puesto que en muchas ocasiones es el único documento del que dispone el juzgado en el que constan las lesiones del menor. Es frecuente que cuando el médico forense realiza el reconocimiento físico del paciente puede haber transcurrido un tiempo suficiente para que las lesiones físicas ocasionadas hayan desaparecido. En este caso, el parte de lesiones (o en su caso, la historia clínica) es el único instrumento válido que tiene el médico forense para poder emitir su informe.

También facilita la realización de estudios epidemiológicos, que evalúen los daños físicos o psíquicos ocasionados a las personas lesionadas, contribuyendo a prevenir y mejorar los problemas de salud de las mismas. Del mismo modo, permite obtener información necesaria para la realización de estadísticas oficiales.

Se cumplimentará tras la asistencia sanitaria inicial, por el facultativo responsable de esta atención.

Es responsabilidad del médico o responsable de la asistencia sanitaria inicial, independientemente del Centro Sanitario del que se trate, público o privado, o consultorio particular.

Cuando se disponga de los medios técnicos necesarios, el parte podrá cumplimentarse y remitirse al Juzgado de Guardia por medios electrónicos y telemáticos, al igual que la copia destinada a información estadística. Se adoptarán medidas de seguridad para impedir la manipulación del parte y el acceso no autorizado a la información contenida en el mismo.

Los centros y servicios sanitarios remitirán el original al Juzgado de Guardia en un plazo no superior a veinticuatro horas desde la asistencia inicial.

El original del parte debe remitirse al Juzgado de Guardia, y no a otra instancia judicial. Una vez allí recibido, se procede a su reparto en función de la causa y las circunstancias reflejadas.

Entre los aspectos que deben recogerse en el parte de lesiones figuran los siguientes:

- Los datos identificativos del centro o servicio sanitario
- Los datos identificativos de la persona lesionada
- La causa presumible de las lesiones (o del fallecimiento)
- Descripción de las lesiones
- Estado psíquico y emocional de la persona lesionada
- Pruebas complementarias realizadas
- Medidas terapéuticas adoptadas
- Pronóstico clínico
- Plan de actuación
- Datos relacionados con los hechos que motivan la asistencia
- Antecedentes de interés
- Observaciones

Al final, deben consignarse los datos identificativos del personal facultativo responsable de la asistencia sanitaria y su firma.

En un estudio realizado sobre el control de calidad de los partes de lesiones emitidos en Atención Primaria y Urgencias se ha demostrado que la calidad de los partes de lesiones emitidos es deficiente, sobre todo en lo relacionado con la descripción de las lesiones (localización, tipo, dimensión y estado evolutivo de las mismas)<sup>5</sup>. Por ello se hace necesaria una estrategia para mejorar la cumplimentación de los mismos.

En determinados casos, además de tramitar el parte de forma inmediata, puede ser necesario contactar telefónicamente con carácter de urgencia con algún recurso o instancia específica, con el propio Juzgado de Guardia, con Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Servicios Sociales, Teléfono de Información de la Mujer u otros.

Esto ocurre en el caso de situaciones de violencia de género, maltrato o agresiones a personas. Con ello se facilita la celeridad en la adopción de medidas cautelares por la Autoridad Judicial para la mejor protección de las personas.

Según el Código Penal, toda relación sexual llevada a cabo sobre un menor de doce años, debe considerarse violación, y por lo tanto, siempre que el pediatra tenga indicios fundados de que un menor de esta edad ha podido tener relaciones sexuales, debe ser puesto en conocimiento de la Autoridad Judicial, puesto que está ante un hecho tipificado como delito.

También conviene recalcar que, tras la regulación del Código Penal del año 2015, no es necesario realizar parte de lesiones en accidentes de tráfico.

## **2.- INTERVENCIONES DE CIRUGÍA PLÁSTICA Y REPARADORA EN MENORES DE EDAD**

En los últimos años, la apariencia física se ha sobrevalorado, e incluso mitificado.

Estamos asistiendo a determinadas modas de mimetización con patrones estéticos de famosos o *influencers*, quienes, a través de las redes sociales, bajo la máscara de filtros y multitud de retoques fotográficos, muestran cuerpos perfectos pero irrealles.

Si a todo ello le añadimos que los menores suelen más influenciados, tenemos una combinación explosiva que amplifica sus complejos y hace que vean en la cirugía estética la solución a todos sus problemas y el alcance de la felicidad absoluta.

La moda de la cirugía estética ha ido ganando cada vez más protagonismo como consecuencia del desarrollo de técnicas reconstructivas cada vez más efectivas, complejas y con menos secuelas, la sofisticación de las técnicas de anestesia infantil<sup>6</sup>, y el auge de la cultura por verse bien. Ello ha traído consigo el aumento de la demanda de este tipo de intervenciones. En el caso de los menores, también se percibe esta tendencia al alza año tras año.

Según estimaciones de la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética (SECPRE) basadas en la encuesta “La realidad de la Cirugía Estética en España 2017-2018”, en nuestro país se llevan a cabo cerca de 400.000 intervenciones de cirugía estética al año, de las cuales, menos de 8.000 (el 1,9% del total) se realizan a menores. Aunque no sea un porcentaje muy elevado, es una cifra a tomar en consideración puesto que cada año es mayor<sup>7</sup>.

La cirugía estética en menores es un tema que genera controversia. Muchos padres se plantean a partir de qué edad puede aconsejarse una intervención de cirugía plástica.

La referida sociedad científica no es partidaria de la cirugía plástica en menores, salvo en circunstancias muy concretas:

- Cuando exista una malformación importante cuya resolución pueda efectuarse con expectativas de éxito.
- Cuando el menor se vea afectado psíquicamente por su defecto y ello esté justificado.

En España, salvo en Andalucía (Decreto 49/2009, de 3 de marzo<sup>8</sup>), no existe una legislación específica que regule las intervenciones de cirugía estética en menores, tanto niños como adolescentes, salvo en lo que se alude en el artículo 9 de la Ley del Paciente. En él se refleja la obligatoriedad de contar con el consentimiento de los padres o tutores legales para que el menor pueda realizarse una intervención de cirugía estética, salvo en el supuesto de que el menor esté emancipado o sea mayor de 16 años, siempre que se cumplan los siguientes supuestos:

- No exista sentencia judicial que haya modificado la capacidad del menor.
- El menor sea capaz intelectual y emocionalmente de entender el alcance y riesgos de la intervención.
- La operación no suponga un grave riesgo para la vida o salud del menor.

El cirujano también tiene un papel importante en la toma de decisiones. Deberá hacer una valoración de la indicación de cada tipo de intervención, el nivel de madurez emocional e intelectual del paciente y su situación de emancipación.

En Andalucía, el Decreto 49/2009, sobre menores que se someten a cirugía estética, obliga a que estos sean analizados por un especialista en psicología, que debe emitir un informe.

Por todo esto, es obligatorio en Andalucía y frecuente en el resto de España que los médicos encarguen a un psicólogo la evaluación del menor antes de intervenirle. La labor de los profesionales en estos casos no consiste sólo en evaluar la madurez, sino también en *saber si el niño quiere o no quiere, ya que muchas veces son los propios padres los que condicionan a los niños para intervenirse*, cuando estos no tienen ningún trauma asociado a una determinada característica física.

Desde el punto de vista técnico y asistencial, hay determinadas edades a las que se aconsejan los diferentes tipos de intervenciones de cirugía estética, bien sea por una menor agresividad de las mismas, o bien por la optimización de sus resultados. Estas indicaciones etarias deberían también tomarse muy en consideración a la hora de planificar la cirugía.

En cualquier caso, la cirugía plástica no es un producto que se pueda consumir o regalar, sino que se trata de una actividad médica que se desarrolla en seis etapas:

1. Elaborar una historia clínica.
2. Realizar una exploración física.
3. Prescribir unas pruebas complementarias.
4. Establecer un diagnóstico.
5. Emitir un pronóstico.
6. Indicar y ejecutar una intervención quirúrgica.

### **3.- MANEJO DE LA INFORMACIÓN Y ACTUACIONES DEL MÉDICO EN LA ATENCIÓN A MENORES ANTE LAS SITUACIONES DE CONFLICTO FAMILIAR**

Las situaciones de conflicto familiar se producen con mayor frecuencia en la Atención Primaria de salud, como puerta de entrada al Sistema Sanitario.

El Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid (ICOMEM)<sup>9</sup>, en un análisis de casos de los últimos años relacionados con situaciones de conflicto familiar, concluye que el médico carece de formación e información tanto deontológica, como legal. Entre las necesidades sentidas por los médicos figuran saber dirimir qué pertenece al ámbito sanitario y qué no, la necesidad de conocer los derechos y deberes de los padres o tutores legales y deliberar sobre determinadas actuaciones en interés del menor<sup>10</sup>.

En este sentido, conviene aclarar las definiciones de *patria potestad*, y *guarda y custodia*.

*La patria potestad* es el conjunto de derechos y deberes que los progenitores tienen en relación con los hijos menores de edad (que no estén emancipados). El artículo 156 del Código Civil dice que “la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro”.

La patria potestad se ostenta y se ejerce por ambos padres, salvo que haya sentencia expresa diciendo lo contrario.

Según el artículo 154 del Código Civil, los que ostentan la patria potestad tienen derechos y obligaciones en materia de atención a la salud de sus hijos, entre los que se encuentran los siguientes:

- Que los progenitores se comuniquen todas las decisiones que con respecto a sus hijos se adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario de los mismos deban conocer ambos padres. Para ello, el Juez les impone que sean ellos los que establezcan el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias, obligándoles a cumplirlo y respetarlo.
- Que los progenitores participen en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos, especialmente en el ámbito sanitario.

Por ello, ambos padres deben intervenir, necesariamente, en la autorización de cualquier intervención médica, preventiva, curativa o quirúrgica extraordinaria o grave.

Ambos progenitores tienen el deber de informarse mutuamente de todas las cuestiones relevantes que afecten a sus hijos, siempre que el conocimiento de aquéllas no lo pueda obtener por sí mismo el progenitor que no esté en compañía de los menores en el momento en que las mismas se produzcan.

En toda situación (ordinaria o grave), el médico tiene la obligación de suministrar, tanto al padre como a la madre, cualquier información que le soliciten sobre sus hijos por ser ambos titulares de la patria potestad.

Ante conflictos entre padres discrepantes sobre la atención sanitaria de sus hijos, será la autoridad judicial quien resuelva el litigio.

*La guarda y custodia*, también denominada custodia legal, consiste en la convivencia, cuidado y asistencia de los hijos menores de edad. En caso de nulidad matrimonial, separación o divorcio de los padres, se deberá acordar cómo se organizarán los progenitores para facilitar la guarda y custodia de los menores.

La guarda y custodia puede ser ejercida por ambos cónyuges (custodia compartida) o en exclusiva por uno de ellos (custodia monoparental). Los jueces pueden decidir atribuir la custodia a uno solo de los progenitores; y en algunos casos, otorgarla a una tercera persona, abuelos, otros familiares, tutor o institución.

El régimen de guarda y custodia se regula en el artículo 92 del Código Civil.

El principio que tiene en cuenta la Autoridad Judicial para dar la guarda y custodia (en el caso que no exista acuerdo entre los padres), es la del beneficio del menor. Para ello, además de oír al propio menor, se ponderan las aptitudes de los progenitores, las relaciones que mantienen con los hijos, la edad de los mismos, las condiciones de cada uno de ellos (tiempo disponible, lugar de trabajo y/o residencia), así como todas aquellas circunstancias que ofrezcan estabilidad y equilibrio en el desarrollo integral del hijo.

La guarda y custodia suele confundirse con la patria potestad, aunque son figuras jurídicas distintas.

La patria potestad se refiere a la representación general y administración de los bienes de los hijos menores de edad.

Por el hecho de ser padre o madre el progenitor siempre tendrá la patria potestad sobre los hijos menores de edad, salvo que un Juez le prive de ella. Así, la patria potestad no puede ser arrebatada salvo en los casos determinados por la Ley. Por tanto, es el dato principal a tener en cuenta en la consulta, ya que otorga derechos a los progenitores en temas de información sanitaria y deberes en las actuaciones.

Sin embargo, la guarda y custodia se centra en la convivencia habitual con los hijos menores de edad y comprende todo lo relacionado con la alimentación, vestido, alojamiento y otras necesidades.

Por tanto, en los casos de ruptura matrimonial o de pareja, lo habitual es que ambos progenitores ejerzan conjuntamente la patria potestad, mientras que la guarda y custodia se atribuirá a uno u otro, o ambos de forma compartida. Esta última es cada vez más frecuente.

Ante la petición de los padres, separados o divorciados, de los datos de salud de su hijo, conviene conocer que:

- Si los progenitores ostentan la patria potestad, tendrán derecho a ser informados y solicitar informes, así como copia de la historia de su hijo.
- Ante la solicitud de la historia clínica por parte de uno de los progenitores, el médico le informará sobre los cauces adecuados para ello siguiendo la normativa que tengan al respecto en los diferentes Centros Sanitarios, tanto públicos como privados.

- Los padres tienen derecho a recibir directamente un informe de salud de su hijo. En la Sanidad Pública y en algunos Centros Sanitarios privados (dependiendo del contrato programa que oferten) se excluyen de este derecho los justificantes de no asistencia a clase y los certificados de aptitud (deportiva, armas...).
- Los profesionales tienen derecho a mantener fuera del conocimiento de los pacientes sus anotaciones subjetivas.

#### **4.- RELACIONES SEXUALES Y ANTICONCEPCIÓN EN ADOLESCENTES**

El inicio de las relaciones sexuales coitales en la adolescencia es una realidad que no está exenta de problemática. El uso de métodos anticonceptivos y las enfermedades de transmisión sexual son claros ejemplos de ello.

En este contexto, las cuestiones que más frecuentemente se plantean los profesionales son el abordaje de la anticoncepción de los adolescentes menores de edad sin la presencia de sus padres o tutores, los límites de la confidencialidad a la que están obligados y sobre cómo ofrecer consejo contraceptivo, la seguridad del uso de métodos hormonales o de los dispositivos intrauterinos en chicas que no han tenido hijos y la utilización de la píldora postcoital<sup>11,12</sup>.

La Ley básica reguladora de la autonomía del paciente establece la mayoría de edad sanitaria en los 16 años y, además, reconoce a los menores de 16 años “maduros” el derecho a la asistencia sanitaria sin necesidad de autorización de sus representantes legales y la capacidad para prestar un consentimiento válido y eficaz. La valoración de dicha “madurez” corresponde a los profesionales médicos.

En ocasiones, la inmadurez de la adolescente, que debería ser una razón muy poderosa para evitar un embarazo, se esgrime como motivo para negarle el asesoramiento anticonceptivo si no acude acompañada de sus padres o tutores, cuestión nada plausible para ella. El resultado más probable es que continuará manteniendo relaciones sexuales, pero sin adoptar una anticoncepción eficaz y corriendo el riesgo de un embarazo no deseado, una maternidad precoz o una interrupción voluntaria de embarazo. En este contexto, la mera solicitud de un método anticonceptivo, incluida la píldora postcoital, debería considerarse como muestra de responsabilidad y suficiente madurez.

A partir de los 16 años, el consentimiento paterno por representación solo es preciso cuando el adolescente quiere participar en un ensayo clínico o solicita someterse a

técnicas de reproducción asistida o a una interrupción voluntaria del embarazo (IVE) y, a criterio del facultativo, en actuaciones de grave riesgo para la vida o la salud.

La anticoncepción de emergencia ocupa un lugar importante en los adolescentes, dado que las relaciones sexuales no planeadas sin protección y los fallos con el método habitual son muy frecuentes.

La solicitud de una píldora postcoital demuestra responsabilidad y conocimiento del riesgo de una relación no protegida y de la posibilidad de prevenir un embarazo no deseado aún después de haberla mantenido. Por tanto, este caso, los adolescentes merecen la consideración de “menores maduros” y se les debe prescribir la píldora sin necesidad del consentimiento de sus padres o tutores, tal y como requiere la Ley de autonomía del paciente.

El uso repetido de la píldora postcoital en adolescentes que mantienen relaciones esporádicas puede indicar que tienen dificultades para negociar el uso de preservativos, y que optan por la anticoncepción de emergencia como alternativa menos comprometida desde el punto de vista emocional. Identificar estas situaciones y ayudarles a plantear el uso del preservativo forma parte de la atención que debe prestarse a las adolescentes. Por otra parte, resulta conveniente proporcionar una dosis de píldora postcoital a los que eligen utilizar métodos como el preservativo o la píldora con posibilidad de fallos en su utilización. Se ha demostrado que no se incrementa el abandono del método elegido y sí la utilización de la píldora postcoital en caso de necesidad.

La atención a adolescentes menores de 16 años que no acuden acompañados de sus padres o tutores debe quedar reflejada en la historia clínica, además de que se ha comprobado su madurez, que el método que han decidido utilizar es elegible médicamente y que se les ha aconsejado que informen a sus padres o tutores de que mantienen relaciones sexuales y van a utilizar un determinado anticonceptivo.

El Código Penal establece la edad de consentimiento sexual a los 16 años para defender a los menores de los abusos sexuales, la explotación sexual y la pornografía infantil. Ello no pretende “ilegalizar” las relaciones sexuales entre menores o jóvenes o establecer que un o una menor de 16 años no pueda otorgar su consentimiento para mantener relaciones sexuales. Se limita a establecer la edad por debajo de la cual se prohíbe que un adulto realice actos de carácter sexual con un menor. Por tanto, esta disposición no afecta a las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes y jóvenes, ya que no se consideran abuso si son consentidas y se mantienen con una persona próxima a la menor, por edad y grado de desarrollo y madurez.

Los menores maduros tienen los mismos derechos que los adultos a la confidencialidad y protección de datos de carácter personal relativos a su salud. Por ello, el respeto a la confidencialidad y a las decisiones de los adolescentes menores maduros son aspectos claves de buena práctica que deben garantizarse expresamente.

El papel del pediatra consiste en ayudar a los adolescentes a vivir una sexualidad segura, gratificante y respetuosa con su pareja, tratar con ellos cuestiones como el deseo y el placer sexual, la atracción y el enamoramiento, la orientación sexual, la igualdad, el consentimiento, la aceptación del no y de la ruptura, el rechazo al control, la manipulación, la violencia y los riesgos que conllevan los medios de comunicación y las redes sociales.

## **5.- VACUNACIÓN INFANTIL Y SUS PARTICULARIDADES.**

Las vacunas están catalogadas legalmente como medicamentos especiales. Son medicamentos especiales los que, en cada caso, decida el legislador, por ser precisa una regulación determinada. El artículo 45 de la Ley del medicamento regula las garantías sanitarias concretas de las vacunas y demás medicamentos biológicos. En él se exceptúan las preparaciones individualizadas de vacunas y alérgenos para un solo paciente<sup>13</sup>.

En España, la administración de vacunas es voluntaria, salvo situaciones especiales en materia de salud pública. Nuestro ordenamiento jurídico no incorpora explícitamente el deber de vacunación y nadie puede, en principio, ser obligado a vacunarse. Ahora bien, hay determinadas situaciones que permiten que los poderes públicos competentes impongan la vacunación forzosa, fundamentalmente en caso de epidemias.

En general, las coberturas de vacunación en España no justifican la vacunación obligatoria. La vacunación frente a la COVID-19 en España solo sería obligatoria si no se alcanzara la inmunidad de grupo con voluntarios. La administración sólo puede imponer vacunación obligatoria previa autorización judicial, en la vía contencioso-administrativa.

Los juzgados avalan la negativa a admitir en guarderías infantiles a niños que no están vacunados, pero no se les obliga a que se vacunen.

La información sobre las vacunas es responsabilidad de todo el equipo pediátrico que asista al niño. Hay que informar de todas las vacunas disponibles, estén o no financiadas.

Con carácter general, no es preciso un consentimiento informado por escrito para la vacunación pediátrica. En lo referente al consentimiento informado por escrito, no forma parte de la práctica habitual su exigencia en relación con las vacunas, considerando que los padres o representantes legales están prestando dicho consentimiento de forma tácita por el mero hecho de acudir a un centro médico a solicitar la administración de una determinada vacuna, o basta con el mero consentimiento verbal de los padres o representantes legales.

Si la vacuna está incluida en el calendario oficial, bastaría con el consentimiento de uno solo de los progenitores (la decisión la toma el custodio), oído el menor, salvo que conste la oposición del otro a la vacunación, en cuyo caso se precisa autorización judicial.

Si la vacuna no está incluida en calendario vacunal vigente y los progenitores no se ponen de acuerdo, la decisión la debe tomar un Juez, oído el menor y el defensor del menor.

La negativa de padres o tutores a vacunar a sus hijos o representados es conveniente que quede reflejada, al menos, en la historia clínica, con indicación de que dicha negativa se mantiene pese a haber sido informados tanto del riesgo/beneficio de la vacunación, como de los riesgos de la no vacunación.

Los adolescentes que tienen 16 o más años de edad tienen capacidad legal para aceptar o rechazar la vacunación por sí mismos.

Los niños entre 5 y 15 años de edad necesitan el consentimiento de los padres o tutores legales. En el supuesto de que ambos padres conserven la patria potestad sobre el menor y discrepen sobre la vacunación, conviene saber que:

- La vacunación de la COVID-19 debe considerarse a estos efectos como una “vacunación de calendario oficial”, pues su indicación ha sido establecida por las autoridades sanitarias<sup>14</sup>.
- Independientemente de la situación de custodia (la ostenta uno de los padres, compartida o en trámites judiciales), oído el propio niño/a si tiene al menos 12 años, bastaría el consentimiento verbal de uno de los padres (normalmente el custodio) si no consta fehacientemente la oposición del otro.
- Los servicios sanitarios no tienen la obligación de recabar la opinión de ambos padres en cada caso en el momento de la vacunación. Si uno de los padres se opone a la vacunación, es su obligación hacer constar personal e inequívocamente su oposición para poder ser tenida en cuenta.

- En el caso de que uno de los padres autorice la vacunación y el otro haya expresado su oposición de forma explícita a los servicios sanitarios, deberá ser la Autoridad Judicial quien decida finalmente, a instancias de la parte favorable a la vacunación.
- En el caso de que ambos padres rechacen la vacunación, si los servicios sanitarios entienden que esta decisión comporta riesgos extraordinarios al paciente, por sus circunstancias clínicas individuales y la situación de riesgo de exposición al agente infeccioso prevenible, se puede solicitar una decisión judicial.

En cuanto a la necesidad de acompañamiento del niño o adolescente por un adulto en el acto vacunal, depende de la edad:

- Los que tienen 16 o más años de edad pueden acudir y aceptar la vacunación por sí solos. De todos modos, es recomendable acudir acompañados por alguno de los padres o tutores legales, un hermano o hermana mayor o, al menos, algún amigo o amiga de confianza.
- Los que tienen 15 o menos años de edad deben acudir siempre acompañados de, al menos, uno de los padres o tutores legales.
- En todos los casos el consentimiento se otorga verbalmente, no es necesario un formulario escrito de consentimiento (con la excepción de la vacunación de menores de 16 años en centros escolares sin la presencia de los padres, en cuyo caso sí hay que presentar una autorización escrita previa).

## **6.- ASPECTOS ÉTICOS Y LEGALES EN LA ATENCIÓN AL PACIENTE CON TRASTORNO CON DÉFICIT DE ATENCIÓN E HIPERACTIVIDAD (TDAH)**

El TDAH es el trastorno neuropsicobiológico más frecuente en la infancia. Se considera un trastorno del neurodesarrollo que se caracteriza por la existencia de déficit de atención, acompañado, en ocasiones, por hiperactividad e impulsividad<sup>15</sup>. La presencia o ausencia de los tres síntomas, o el grado en el que estos están presentes, establece tres subtipos clínicos: TDAH subtipo inatento (predomina el déficit de atención), TDAH subtipo hiperactivo e impulsivo (predominan la hipercinesia y la impulsividad) y TDAH subtipo combinado (aparecen las tres manifestaciones con similar grado de presentación).

El cuadro clínico puede evolucionar en el tiempo, de manera que se pueden identificar en un mismo paciente varios subtipos de TDAH en momentos distintos. Además, la influencia del entorno puede modular la presentación del cuadro clínico, minimizándose la repercusión de la semiología clínica.

Su importancia radica en el sufrimiento que causa en los niños afectos y su entorno, la interferencia con su desarrollo social y educacional, y los consecuentes problemas sociales y psicológicos que pueden perdurar durante toda la vida. Por ello, el TDAH ocupa un lugar destacado en la psicopatología del adulto.

Desde el punto de vista psicológico, el TDAH es una alteración de la función ejecutiva (atención, memoria, etc.) necesaria para realizar tareas ordinarias fundamentales como atender, planificar, organizarse, y reflexionar sobre las posibles consecuencias antes de hacer algo o inhibir la respuesta inadecuada y cambiarla por otra más apropiada.

El TDAH fue descrito por primera vez en el año 1902, donde se atribuye el comportamiento hiperactivo a un déficit en el control moral.

Afecta al 5% de los niños en edad escolar. El diagnóstico se realiza en 4 niños por cada niña. Algunos autores señalan que la incidencia es menor en niñas debido a que los problemas de conducta son menos llamativos, lo que explicaría menores registros de las mismas.

La prevalencia del TDAH en la edad adulta, en la población general, oscila entre el 2,5% y el 4,4%, aunque la gran mayoría de los casos adultos permanecen sin un adecuado diagnóstico y tratamiento<sup>16</sup>.

El diagnóstico del TDAH es clínico. No se conoce la causa exacta y no existe ningún examen complementario que permita establecer el diagnóstico definitivo.

Aunque se han identificado distintos factores relacionados con su etiopatogenia (estructural, genética, ambiental, etc.), se considera un proceso de etiología multifactorial.

El tratamiento del TDAH consiste en un abordaje psicosocial y una pauta psicofarmacológica individualizada a las necesidades del paciente.

Tanto el tratamiento farmacológico como el no farmacológico han demostrado una efectividad y seguridad elevada, especialmente cuando se utilizan de manera conjunta.

En el tratamiento no farmacológico se incluyen todas aquellas intervenciones que permiten una mejoría en el funcionamiento atencional, en el rendimiento escolar y en la regulación de la conducta del paciente con la intención disminuir la incidencia de trastornos comórbidos y atenuar la intensidad de los síntomas.

La mayoría de los protocolos indican los seis años como edad mínima para el inicio del tratamiento farmacológico, y su duración no está preestablecida, debiendo abandonarse ante la ausencia de respuesta clínica. Los fármacos utilizados en el TDAH no provocan dependencia ni predisponen al consumo de sustancias adictivas.

Desde el punto de vista bioético, el abordaje diagnóstico y terapéutico de niños y adolescentes con TDAH debe fundamentarse en principios éticos universales como el de la beneficencia, no maleficencia, justicia distributiva y autonomía<sup>17</sup>.

El principio de beneficencia garantiza que el facultativo actúa guiado por el bien del paciente; y el de no maleficencia presupone evitar cualquier actuación de la que pudiera derivarse un daño.

El principio bioético de justicia supone un reparto equitativo de los recursos sanitarios. En este sentido, un incremento del gasto en el tratamiento farmacológico del TDAH no parecería justificado por la posible eficacia limitada del mismo, a diferencia de la perspectiva optimista de la industria farmacéutica.

En cuanto al principio de autonomía, el ordenamiento jurídico español reconoce que el crecimiento y desarrollo de los niños desde la infancia hasta la adolescencia pasa por la maduración progresiva de su facultad participativa en la toma de decisiones sobre el cuidado de su salud. Por ello, a medida que se hacen mayores y sus aptitudes aumentan, se les debe incluir de manera más plena en la toma de decisiones sobre su diagnóstico y tratamiento, utilizando un lenguaje adecuado y comprensible.

En cuanto al grado de implicación del menor en la toma de decisiones, hay que considerar que:

1. Entre los 12 y los 16 años, deberá valorarse la competencia del menor y la trascendencia de la decisión a tomar, ponderando bien los riesgos y beneficios, a fin de concretar si puede por sí mismo aceptar o rechazar el tratamiento y valorar la implicación de los padres en la toma de decisiones. En el supuesto de menores con madurez suficiente, deberá prevalecer su opinión ante un posible conflicto con sus progenitores o tutores.

2. En el supuesto de menores de 12 años o entre los 12 y los 16 años sin madurez suficiente, la decisión sobre el diagnóstico y el tratamiento corresponderá a los progenitores o tutores. Si hay discrepancia manifiesta entre ambos padres, se intentará buscar el consenso y la mediación en el mejor beneficio del menor, tras informar a los dos sobre los riesgos derivados de realizar o no la actuación. En el supuesto de no poder reconciliar posiciones, el profesional secundará la decisión del progenitor que se ajuste a criterios de mayor beneficencia para el menor. Ante una situación de duda o de especial conflictividad, se recomienda recurrir a la autorización judicial en protección del menor.
3. A partir de los 16 años, deberá considerarse al menor como un mayor de edad a todos los efectos, salvo situaciones de manifiesta incompetencia, en cuyo caso se deberá recurrir a la decisión subrogada (padres o tutores).

Si la actuación es de grave riesgo para la salud, los padres o tutores del menor (de 18 años) serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. En todo caso:

- Se escuchará siempre al menor con TDAH.
- Se planteará al menor la situación y las alternativas posibles, en lenguaje adecuado y comprensible para él, aclarando las dudas que le pudiesen surgir, a fin de que pueda formarse un criterio válido y cooperar en tal situación.
- Se restringirá a lo estrictamente indispensable aquellas intervenciones más restrictivas de los derechos del menor.

La calidad profesional del Pediatra de Atención Primaria respecto a los niños y adolescentes con TDAH se basará no solo en actuar según la mejor evidencia científica, sino también en implicar a los pacientes en la toma de decisiones y deberá responder, para ajustarse a unos estándares éticos correctos, a tres parámetros:

- Idoneidad (si es susceptible de conseguir el objetivo propuesto).
- Necesidad (si es necesaria, no existiendo otra intervención más moderada para la consecución del objetivo con igual eficacia).
- Proporcionalidad (si es ponderada y equilibrada, derivándose de ella más beneficios que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto).

En otro orden de cosas, el tratamiento farmacológico del TDAH puede considerarse un ejemplo paradigmático de medicalización de un comportamiento, lo que podría generar dudas sobre su pertinencia<sup>18</sup>.

Han sido muchas las investigaciones encaminadas a valorar la posible asociación del TDAH con una posterior conducta delictiva.

Hay estudios que concluyen que no existe una asociación directa entre TDAH aislado y la conducta delictiva<sup>19,20</sup>. En este sentido, la correlación TDAH y delincuencia se produce en un número de personas muy reducido, concentrándose los casos en quienes concurren características de atrevimiento, búsqueda de sensaciones o presenten otros trastornos como el negativista desafiante, antisocial de la personalidad o relacionado con sustancias, entre otros. Por ello, el TDAH no debiera ser considerado como un transmisor de violencia, sino que ha de entenderse como un trastorno que, acompañado de otras alteraciones, puede presentarse en sujetos que cometen determinados actos delictivos, no siendo la presencia de este la razón principal para realizar tales acciones.

Por otro lado, intervenciones tempranas en adolescentes destinadas al desarrollo de la autoestima, autoconfianza, habilidades sociales e interés en la educación, así como la instauración de reglas claras dentro de la familia y una comunicación directa entre padres e hijos, reducirían también el riesgo de conductas delictivas en adolescentes diagnosticados con TDAH<sup>21</sup>.

También se ha visto que adolescentes mayores y adultos con TDAH tienen mucha menor probabilidad de cometer un delito cuando reciben tratamiento farmacológico para el trastorno<sup>22</sup>, además de reducir las decisiones impulsivas y permitir que la persona organice mejor su vida.

El TDAH se constituye como un conjunto de comportamientos dentro de la psicología jurídica y la criminología que puede tener una gran utilidad para tener una mayor comprensión, más precisa dentro de su complejidad, del origen y el mantenimiento de la conducta criminal. Esto tiene grandes implicaciones para la prevención primaria de la misma, ya que es una fuente de bajo autocontrol con un origen fundamentalmente genético, que puede ser detectado desde edades muy tempranas y para el cual contamos hoy en día con tratamientos eficaces que pueden reducir la probabilidad de aparición de la conducta delictiva<sup>16</sup>. De igual forma, el TDAH puede tener una gran relevancia en la prevención secundaria y terciaria de la delincuencia.

Como indica la literatura, la mayor parte de los casos de TDAH del adolescente y adulto joven no están identificados ni tratados. Por tanto, si se detectaran correctamente en los entornos jurídicos los casos en los que el TDAH juega un papel crucial en el perfil criminológico, y se trataran de forma adecuada, se podría prevenir de

forma más eficaz la reincidencia y mejorar la calidad de vida de esos sujetos y su entorno.

Por el contrario, hay numerosos famosos afectados de TDAH que han destacado y han realizado una vida normal. Ellos han sabido canalizar su trastorno a través de sus características más positivas como la creatividad, la energía para emprender nuevos proyectos y el deporte, lo que refuerza la importancia de la intervención precoz de los servicios públicos socio-sanitarios y educativos en este tipo de pacientes.

**BIBLIOGRAFÍA:**

1. Carrasco Sanz A. Aspectos legales de la atención al menor. Introducción. En: AEPap ed. Curso de Actualización Pediatría 2010. Madrid: Exlibris Ediciones; 2010; 293-4.
2. De Montalvo Jääskeläinen F. Dilemas ético-legales que presenta la regulación de la capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico. *Pediatr Integral*. 2015; 19(5):302-7.
3. Junta de Andalucía. Consejería de Salud y Familias [internet]. [consultado 25 ene 2022]. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/saludyfamilias/areas/salud-vida/adulta/paginas/preguntas-comunicacion-asistencia-sanitaria.html>
4. Pastor Bravo M, Rodes Lloreta F. Aspectos médico-legales del ejercicio de la Medicina General (I). Documentos médico-legales: parte de lesiones, historia clínica. *Semergen*. 2005; 31(3):125-31.
5. Linares-González L, Sáez Rodríguez J, Beltrán-Aroca C, Girela-López E. Control de calidad de los partes de lesiones emitidos en Atención Primaria y Urgencias de la provincia de Córdoba. *Rev. Española de Medicina Leg*. 2019;45(1):12-7.
6. López Gutiérrez JC. Cirugía reparadora pediátrica. *Pediatr Integral*. 2014; XVIII (10):750-9.
7. Statista Research Department. Distribución porcentual de las operaciones de cirugía estética realizadas en España entre 2017 y 2018, por grupos de edad [internet]. Statista Universidad de Extremadura. 2020 [consultado 25 ene 2022]. Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/554968/porcentaje-de-intervenciones-de-cirugia-estetica-por-edad-espana/>
8. Junta de Andalucía. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 53 de 18/03/2009. Otras disposiciones Consejería de Salud. Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía [internet]. 2009 [consultado 25 ene 2022]. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2009/53/56>
9. Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid. Manejo de la información y actuaciones del profesional médico en la atención a menores antes las situaciones

- de conflicto familiar [internet]. 2018 [consultado 25 ene 2022]. Disponible en: [https://www.icomem.es/adjuntos/publicaciones\\_interes/publicacion\\_interes\\_4.1527593704.pdf](https://www.icomem.es/adjuntos/publicaciones_interes/publicacion_interes_4.1527593704.pdf)
10. Boceta R, Martínez-Casares O, Albert M. El consentimiento informado en el menor maduro: comprensión y capacidad de decisión. *An Pediatr*. 2021;95:413-22.
  11. Quintana Pantaleón C. Anticoncepción en la adolescencia. *Pediatr Integral*. 2017; XXI (5): 312–322.
  12. Quintana Pantaleón C. Anticoncepción en la adolescencia. *Adolescere*. 2018; VI (2): 38-47.
  13. Comité Asesor de Vacunas (CAV-AEP). Aspectos legales de las vacunas. Manual de vacunas en línea de la AEP [Internet]. Madrid: AEP; ene 2022. [consultado 25 ene 2022]. Disponible en: <http://vacunasaep.org/documentos/manual/cap-45>
  14. Ministerio de Sanidad. Vacunación COVID-19 en población infantil: preguntas y respuestas. [internet] Fecha actualización: 23 dic 2021. [consultado 25 ene 2022]. Disponible en: [https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/covid19/docs/Vacuna\\_COVID\\_poblacion\\_infantil\\_PreguntasYRespuestas.pdf](https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/covid19/docs/Vacuna_COVID_poblacion_infantil_PreguntasYRespuestas.pdf)
  15. Rodríguez Hernández PJ, González González I, Gutiérrez Sola AM. El trastorno por déficit de atención e hiperactividad. *Pediatr Integral*. 2015; XIX (8): 540-7.
  16. López-Pinar C. TDAH en adultos y delincuencia: una revisión de la literatura científica. En: Arce Fernández R, Amado BG, Vilariño Vázquez M. Sociedad española de psicología jurídica y forense. IX Congreso Internacional de Psicología Jurídica y Forense. Libro de actas: resúmenes. España; 2016. 236-238.
  17. Ruiz Lázaro PJ. TDAH: aspectos éticos y legales. *Pediatr Integral*. 2014; XVIII (9): 678-88.
  18. García Capilla DJ, Torralba Madrid, MJ. Perspectiva bioética del Trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH). [internet]. 2018. *Bioderecho.es* (8). [consultado 25 ene 2022]. Disponible en: <https://revistas.um.es/bioderecho/article/view/389011/268731>
  19. Pintado Alcázar A. Estudio empírico sobre responsabilidad penal y TDHA en Italia. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. 2019; 1:1-23.

20. Mordre M, Groholt B, Kjelsberg E, Sandstad B, Myhre AM. The impact of ADHD and conduct disorder in childhood on adult delinquency: a 30 years follow-up study using official crime records. *BMC Psychiatry*. 2011;11:57.
21. Yangua Paucar VH, Guerrero Saltos D. TDAH y Control Parental en adolescentes Infractores: una revisión de la literatura. *Profundidad Psicológica*. 2021; 1: 1-17.
22. Lichtenstein P, Halldner L, Zetterqvist J, Sjölander A, Serlachius E, Fazel S, Långström N, Larsson H. Medication for attention deficit-hyperactivity disorder and criminality. *N Engl J Med*. 2012; 367(21):2006-14.

CON LA COLABORACIÓN DE

