
EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DEL MENOR MADURO EN EL ÁMBITO DE LA SALUD

ANGELINA SLAVCHEVA MARKOVA IVANOVA

Universidad de Barcelona-Colegio de Abogados de Barcelona

Universidad de Murcia

angelinamarkova@gmail.com

RESUMEN: Desde los hitos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la regulación de los derechos de la personalidad de los menores de edad ha experimentado grandes cambios en su evolución histórico-legal, tambaleándose según las corrientes políticas gobernantes hacia modelos normativos *más o menos* respetuosos con el interés superior del menor, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Este trabajo se ciñe a examinar la capacidad de autodeterminación del menor maduro en un ámbito concreto —el sanitario—, en relación a dos derechos personalísimos: el derecho a la salud y el derecho a la identidad de género, proponiendo al mismo tiempo una estrategia de evaluación de dicha capacidad que armoniza los valores en puja en este terreno.

PALABRAS CLAVE: menor maduro, autodeterminación, escala móvil de capacidad, principios bioéticos, identidad de género, consentimiento informado.

ABSTRACT: Since the milestones of the International Law of Human Rights, the regulation of the personality rights of minors has undergone major changes in its legal evolution, favoring regulatory models *more or less* respectful of the best interest of the child, in tune with the ruling political currents. This work examines the capacity of self-determination of the mature minor in one specific area, healthcare, in relation to two personal rights: the right to health and the right to gender identity, proposing at the same time an evaluation strategy of this capacity which harmonizes the conflicting values in this field.

KEYWORDS: mature minor, self-determination, sliding-scale model of capacity assessment, bioethical principles, gender identity, informed consent.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN - II. DE SUJETOS PASIVOS A SUJETOS ACTIVOS: PANORAMA INTERNACIONAL - II.1 La Organización de las Naciones Unidas - II.2 La Unión Europea - II.3 El Consejo de Europa: el Convenio de Oviedo de 1997 - III. REGULACIÓN ESTATAL - III.1 Regulación constitucional: el libre desarrollo de la personalidad - III.2 LO 1/16, de 15 de enero, de Protección Jurídica de Menor - III.3 El Código Civil - IV. LA MATERIALIZACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO - IV.1 El interés superior del menor: autonomía y beneficencia - IV.2 Escala móvil de capacidad: una posible solución - IV.3 Escala móvil de capacidad y la minoría de edad: una propuesta - VI. LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE MENOR MADURO - V.1 La práctica de ensayos clínicos - V.2 La extracción de órganos - V.3 Los derechos de la salud sexual y reproductiva - V.3.1 Las técnicas de reproducción humana asistida - V.3.2 La extracción de órganos - V.3.3 La interrupción voluntaria del embarazo - V.3.4 algunas contradicciones - V.3.4.1 El consentimiento sexual - V.3.4.2 Anticonceptivos de emergencia - V.4 La cirugía transexual - VI. Consideraciones finales - VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

La capacidad de autodeterminación del menor de edad en el ámbito médico-sanitario es sin duda un tema de gran relevancia tanto en el mundo jurídico, como en el clínico y bioético, al implicar un sujeto muy especial: el paciente menor de edad. Esta singularidad, desde el punto de vista jurídico, se debe a la naturaleza de los derechos ejercidos en este campo, siendo todos ellos derechos de la personalidad, y *ergo* imprescindibles para dar cumplimiento al principio rector del libre desarrollo de la personalidad acuñado constitucionalmente y reconocido internacionalmente. Este carácter personalísimo es lo que determinará la exclusión en este ámbito de la figura de la representación legal, generando una tensión entre la capacidad de autodeterminación de estos sujetos, necesaria para su libre desarrollo, y otros intereses concurrentes, como el deber de los padres a velar por sus hijos.

Cómo solucionar estas tensiones, respetando los postulados constitucionales e internacionales, es un reto que sigue abierto a debate, y envuelto en no pocas controversias, al tocar temas tan delicados como el aborto o la transexualidad, que siguen generando polémicas.

De las últimas modificaciones legales se puede observar un regreso notable en los derechos de los menores, con una tendencia clara de recortar parcelas de su autonomía, en menoscabo de su interés superior y las exigencias internacionales. A pesar de que la normativa sobre la autonomía del paciente menor de edad establece como criterio general la capacidad natural, siendo éste sustituido por la capacidad de obrar plena (la mayoría de edad) o por la representación sólo en casos tasados, las últimas iniciativas legislativas invierten el criterio, aumentando cada vez más los estándares de capacidad exigibles para la prestación de consentimiento válido en el ámbito clínico, acentuando así la tensión entre el criterio subjetivo (madurez) y objetivo (la edad).

Sentados en este marco contradictorio e irrespetuoso con el derecho de autodeterminación del paciente menor de edad, nos proponemos varios objetivos. Primeramente, **evaluar** desde la perspectiva de los menores la normativa existente que repercute en su libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la salud, para determinar si su interés superior ha sido tomado en cuenta a la hora de elaborar dicha normativa, y **proponer** maneras más respetuosas con sus derechos, superando las limitaciones que implica la minoría de edad. Para conseguir este último objetivo, abordaremos el tema desde la óptica bioética y clínica, conjugando el saber médico con las exigencias jurídicas sobre el interés superior del menor, para finalmente **elaborar**, sin ánimo de exhaustividad, un parámetro de capacidad basado en la estrategia de la Escala Móvil de Capacidad bien asentada en el campo ético y clínico.

Con tal de superar un modelo utilitarista que legitimaría la protección del paciente contra cualquier decisión arriesgada nos acogemos, *à la* BEAUCHAMP y CHILDRESS¹, al principio de autonomía del paciente como límite al proteccionismo benefactor. Por motivos de espacio, el sujeto aquí analizado es el menor *maduro* –persona con capacidad emocional e intelectual de comprender el alcance de la intervención médica a partir de "*aptitudes psicológicas –cognitivas, volitivas y afectivas– que permiten conocer, valorar y gestionar adecuadamente la información, tomar una decisión y expresarla*"² (capacidad natural)–, mientras que el "**derecho de autodeterminación**" se refiere a la capacidad de la persona de decidir por sí misma sobre el propio cuerpo, aceptando o rechazando un tratamiento, siendo equiparable al derecho del paciente a la autodeterminación, ambos derivados del principio de

¹ BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principios de Ética Biomédica*, Barcelona: Masson S.A. (4ª ed.), 1999.

² Vid. SIMÓN-LORDA, P., "La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 102 (2008), vol. XXVIII, págs. 325-348, pág. 327.



autonomía y traducidos en el marco constitucional como el derecho a la integridad física del art. 15 CE³.

El trabajo se articula en seis capítulos. Tras un breve recorrido por la regulación internacional vigente (§ 2), examinamos la normativa interna (§ 3), para luego ofrecer una propuesta de evaluación de la capacidad de obrar en el ámbito sanitario al margen del criterio de edad (§ 4). A partir de ahí, pasamos a valorar la justificación de la legislación sectorial aparentemente contraria a nuestra propuesta (§ 5), ofreciendo *a posteriori* unas breves observaciones finales (§ 6).

II. DE SUJETOS PASIVOS A SUJETOS ACTIVOS: PANORAMA INTERNACIONAL

Lo que diferencia el colectivo de los menores del resto de las personas es el factor de la *edad* y precisamente a través de este dato se ha ido enfatizando la vulnerabilidad de estos sujetos para así justificar una normativa paternalista

II.1 La Organización de las Naciones Unidas

Tras las dos guerras mundiales, y con tal de superar las desigualdades entre los niños, se da un giro en la concepción de la infancia como una etapa vital del desarrollo humano con características propias, abriendo el paso hacia un sistema moderno de protección de los menores en una nueva etapa jurídica y político promovedor de sus derechos⁴. Este camino comienza con la primera **Declaración de Derechos del Niño**⁵, que promueve la protección de los niños desamparados. Sin embargo, más que un sujeto activo de derechos subjetivos, el niño es visto como un objeto cuya protección debe ser garantizada por la familia humana, sin poder superar la aún vigente concepción paternalista⁶.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la **Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948**, proclamó derechos universales y libertades inherentes a la familia humana, aspirando a proteger al niño a tres niveles: en virtud de su pertenencia al género humano, a través de la maternidad y de manera directa, reconociendo, en su art. 25.2, que "*la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales*".

Posteriormente, la **Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959**⁷, pretende convertir al menor en verdadero titular de derechos mediante la proclamación de 10 principios. Partiendo de la idea que el niño, "*por su falta de madurez física y mental,*

³ Vid. STC 154/2002, de 18 de julio de 2002, en la que el TC analiza el significado constitucional de la oposición de un menor de 13 años al tratamiento médico prescrito, indicando que "*al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)*".

⁴ OCÓN DOMINGO, J., "Normativa internacional de protección de la infancia", Cuaderno de Trabajo Social, vol. 19, 2006, pág. 114.

⁵ Vid. Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Sociedad de Naciones, en su V Asamblea en Ginebra, de 24 de septiembre de 1924.

⁶ Vid. TRINIDAD NUÑEZ, P., "La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el derecho internacional de los derechos humanos", Revista Española de Relaciones Internacionales, núm. 4 (2012), pág. 130.

⁷ Vid. Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, adoptada mediante Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.



necesita protección y cuidado especiales", se aboga por el fomento de una infancia feliz⁸, para que el niño "pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente", imponiendo en la promulgación de las leyes protectoras de sus derechos **el interés superior del niño** como consideración fundamental que ha de ser atendida⁹.

Pero no es hasta la aprobación de la **Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (CDN)**, de obligada aplicación por los Estados Partes, que dicho interés superior se impone de manera real, considerando el niño como un verdadero portador de derechos propios, y creando al mismo tiempo un mecanismo de garantías para los derechos proclamados: el **Comité de los Derechos del Niño**. Según el art. 3 CDN, todas las medidas que conciernen a los niños tendrán como **consideración primordial su interés superior proyectado hacia la política pública, la práctica administrativa o judicial**, lo que significa que "la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo"¹⁰. Para garantizar la participación activa del menor en su vida privada, se consagra su "derecho de expresar su opinión libremente" en todos los asuntos que le afectan, "teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez"¹¹. Esto implica que la verdadera autorregulación por parte del niño de su vida privada está subordinada a su **capacidad natural**, momento a partir del cual su opinión será tomada en cuenta; por ende, un menor maduro debe poder tomar las riendas de su propia vida.

II.2 La Unión Europea

En una fase inicial, y sin carácter vinculante ni directamente aplicable, el Parlamento Europeo aprobó dos textos: la **Carta europea de los niños hospitalizados** (1986)¹² y la **Carta europea sobre los Derechos del Niño** (1992)¹³, estableciendo ésta última unos principios mínimos de recomendado cumplimiento. No obstante, el verdadero impulso comunitario protector de la infancia se inicia a partir de la proclamación de la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** de Niza (2000)¹⁴ de carácter vinculante desde 2009. Según su art. 24, la opinión del menor será tenida en cuenta "en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez", siendo su **interés superior** una **consideración primordial** en todos los actos de las autoridades públicas o instituciones privadas.

Apartándonos por ahora del ámbito estrictamente infantil, nos centramos ahora en el sector médico-sanitario.

⁸ Vid. Preámbulo, Considerando 3.

⁹ Vid. Principio 2 de la Declaración.

¹⁰ CILLERO BRUÑOL, M., "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", Ms, en línea: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf, págs. 1-16, pág. 12.

¹¹ Vid. el art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

¹² Resolución A2-25/86, de 13 de mayo de 1986 del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de los Niños Hospitalizados.

¹³ Carta Europea sobre los Derechos del Niño, DOCE n° C 241, de 21 de Septiembre de 1992.

¹⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, Niza, 7 diciembre de 2000.



II.3 *El Consejo de Europa: el Convenio de Oviedo de 1997*

De obligada referencia para el ámbito de la salud es el Convenio de Oviedo, relativo a los derechos humanos y la biomedicina¹⁵. Partiendo de la primacía del ser humano, cuyo interés y bienestar deben prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia (art. 2), se establece como principio rector en la relación médica el **consentimiento informado** del paciente, libre y previo a cualquier intervención (art. 5), recalcando que en caso de menores que, según la ley, no tienen capacidad para otorgarlo, serán sus representantes que han de prestar autorización, debiendo considerarse la opinión del menor como "*un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez*" (art. 6.2). En este caso, la intervención sólo podrá efectuarse cuando redunde en beneficio del paciente (art. 6.1).

Este espíritu, basado en la universalización de los derechos del menor, su interés superior y el carácter evolutivo de sus facultades, penetra la regulación interna sobre el tema, que examinamos seguidamente.

III. REGULACIÓN ESTATAL

III.1 *El Regulación constitucional: el libre desarrollo de la personalidad*

La Constitución Española de 1978 sienta las bases mínimas que toda legislación debe respetar, estableciendo dos pilares ineludibles para el legislador que rigen el estatuto jurídico del menor: el libre desarrollo de la personalidad y la especial protección de sus derechos. Partiendo de la "dignidad" como valor inherente a la especie humana, el art. 10.1 CE consagra como fundamento del orden político y la paz social "*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, y el libre desarrollo de la personalidad*", estableciendo como cánones de interpretación de los derechos fundamentales la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos ratificados por España (art. 10.2 CE en relación con el art. 96.1 CE).

Por otra parte, el capítulo III del Título I, bajo la rúbrica "*De los principios rectores de la política social y económica*", consagra la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores (art. 39.2 CE). Asimismo, y como complemento del libre desarrollo de la personalidad, el art. 39.3 CE impone a los padres la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos menores, siendo éstos verdaderos sujetos activos, recordando al respecto, vía art. 39.4 CE en relación con el art. 10.2 CE, que "*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*". En otras palabras, la función de los padres es asistir a los hijos y velar por su protección, siempre en consonancia con su personalidad y dignidad.

A partir de este reconocimiento constitucional, se inicia una etapa legislativo promovedor de la autonomía del menor que exponemos en lo que sigue

¹⁵ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, Oviedo, 4/04/1997.



III.2 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

El máximo exponente de los hitos conseguidos en materia de menores es la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), de aplicación uniforme en todo el territorio español (art. 1). Partiendo de una concepción de los menores como "*sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social y de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades*", el legislador estatal introduce la idea del **desarrollo evolutivo** en el ejercicio directo de sus derechos a través del derecho a "*ser escuchado si tuviere suficiente juicio*", siendo la **capacidad natural** del menor ("*suficiente juicio*") lo que finalmente determinará su capacidad de **autodeterminación** (art. 9.2 y Exposición de Motivos § 2, LOPJM).

Asimismo, toda limitación en función de la edad o las facultades evolutivas debe interpretarse restrictivamente, y siempre en interés del niño, pues "*la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos*". Sólo así los niños "*podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro*", fijando "*las necesidades de los menores como eje de sus derechos y protección*" (Exposición de Motivos § 2, LOPJM).

III.2.1 El interés superior del menor

Para reforzar la protección del menor, la LOPJM, partiendo de la CDN, instaura el ya conocido principio rector del **interés superior del menor**. Con el fin de consolidar su carácter prioritario, se promulgó la LO 8/2015, de 22 de julio¹⁶, que modificó la LOPJM, incorporando la jurisprudencia del TS y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño (en adelante, el Comité¹⁷), asignando un **triple contenido** al **interés superior del menor**¹⁸:

- (i) como **derecho sustantivo**, de obligada consideración antes de cualquier actuación, consistente en el "*derecho a que su interés superior sea una consideración primordial*";
- (ii) como **principio general interpretativo**, que, ante dos posibles interpretaciones, obliga a escoger la que satisfaga de manera más efectiva el interés del menor;
- (iii) como **norma de procedimiento**, que requiere estimar durante el proceso las posibles repercusiones que puede acarrear la decisión en el niño, justificando que en cada acto se ha tenido en cuenta su interés superior de manera prioritaria¹⁹.

Esto originó una nueva redacción del art. 2 LOPJM según el cual "*en las medidas concernientes a los menores [...] primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*". Ergo, ante la colisión de intereses o derechos (p.ej. padres e hijos), vencerá el interés superior del menor.

¹⁶ Vid. LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modifica los ámbitos de materia orgánica de la LOPJM.

¹⁷ El Comité interpreta los artículos de la CDN y orienta a los Estados en su aplicación.

¹⁸ Vid. Preámbulo § I de la LO 8/2015, de 22 de julio.

¹⁹ Vid. Observación General N° 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafo 4; en línea: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf.



Sin embargo, el principio del interés superior del menor, siendo un **concepto jurídico indeterminado**, requiere concreción jurisprudencial para su efectiva aplicación. Dedicamos la siguiente sección a este tema.

III.2.2 La concreción del interés superior del menor

Según la doctrina consolidada del TC, "*El interés superior del niño opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor*"²⁰, por lo que

*"cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores [...] puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste"*²¹.

Crucialmente, se ha remarcado la **indisponibilidad** del estatuto jurídico del menor, considerando su interés superior "*una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos*", y un límite legítimo a cualquier otro derecho concurrente²².

En cuanto a su **concreción**, según el **Comité** el interés del menor debe definirse de forma individual en relación a una situación y un niño concreto, atendiendo las características que hacen que el niño sea único (edad, sexo, grado de madurez, etc.)²³. Siguiendo estas directrices, el **TS** ha elaborado la siguiente lista abierta de **criterios** que guían al juzgador a la hora de materializar este concepto²⁴:

- (i) proveer a las **necesidades materiales básicas o vitales** del menor (p.ej. **salud**);
- (ii) atender a sus **deseos, sentimientos, opiniones**, interpretados según su **madurez**;
- (iii) prestar **especial consideración** a su **edad, salud, sexo, personalidad**, etc., y el condicionamiento de todo eso en el **bienestar** del menor;
- (iv) valorar los **riesgos** de la decisión sobre su **salud física o psíquica**;
- (v) considerar las **perspectivas personales**, intelectuales y profesionales de futuro del menor, a cuya **mejora** debe orientarse su bienestar e interés, actual y futuro.

La **LOPJM** desarrolla estos criterios (art. 2.2a-d), siendo su aplicación **conjunta** lo que finalmente ayudará a **materializar el interés superior del menor** y tomar la decisión correcta, según los principios de **necesidad y proporcionalidad**, de forma que la medida que se adopte en interés del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara (art. 2.3 LOPJM).

²⁰ Vid. STC 176/2008, de 22 de diciembre, Sala Primera, FJ 6°.

²¹ Vid. la anteriormente citada STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6°.

²² Vid. STC 141/2000, de 29 de mayo, Sala Segunda, FJ 5°.

²³ Vid. Observación General N° 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité, párrafos 32 y 48.

²⁴ Vid. STS 565/2009, de 31 de julio, Sala de lo Civil, Antecedentes de Hecho 8°. A pesar de que el caso ahí tratado versa sobre el retorno de un menor desamparado a su familia biológica, podemos apreciar la aplicabilidad de estas directrices en otros ámbitos, incluido la salud.



III.3 El Código Civil

Siguiendo el espíritu internacional, la potestad parental debe ejercerse "siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental" (art. 154 CC), reconociendo al menor el derecho a ser oído antes de cualquier decisión que le atañe, siempre que:

- (i) haya alcanzado 12 años, edad a partir de la cual se presume iuris tantum capacidad natural y ergo se genera automáticamente el derecho a ser oído, o
- (ii) siendo menor de 12 años, tenga madurez suficiente (art. 154 CC).

De esta manera se intenta corregir la rigidez de la capacidad de obrar plena, alcanzable a la mayoría de edad, reconociendo la posibilidad de realizar un acto con plena eficacia jurídica antes de los dieciocho años, con fundamento en la capacidad natural de juicio, para así convertir el menor en verdadero sujeto activo portador de derechos propios.

En lo relativo a los derechos de la personalidad, centro de gravedad en este trabajo, se le reconoce al menor su ejercicio directo, según su edad y capacidad natural, excluyendo la figura de la representación legal en este ámbito (art. 162 CC), salvo que las leyes que regulan estos derechos establezcan otra cosa, subordinando así la autodeterminación del menor a la legislación sectorial.

III.4 El ámbito médico sanitario: el consentimiento informado

De capital importancia en el ámbito de la salud es la **Ley 41/2002, de 14 de noviembre**, que regula los derechos y la autonomía del paciente (en adelante, LAP²⁵). Concretando los patrones internacionales (el Convenio de Oviedo), esta ley opta por un modelo asistencial "*centrado en la **humanización** de los servicios sanitarios que mantuviera el máximo respeto por la dignidad de la persona y la libertad individual*"²⁶, dando así un giro en la concepción de las relaciones clínico-asistenciales, al promocionar los derechos del paciente como su eje central, sirviéndose para ello de la figura del **consentimiento informado**.

Tras el nacimiento de la Bioética comienza la promoción de la autonomía de la persona, mediante la imposición del deber de transmitir al paciente **información veraz**, haciéndole **copartícipe** en la toma de decisiones médicas, sin obviar el fin último de la medicina —su **beneficio**—. Y este es el fundamento en que descansa la **doctrina del consentimiento informado: equilibrar los valores de autonomía y beneficencia**.

Como indica el art. 8 LAP, una intervención sólo podrá efectuarse después de que el paciente, **previamente informado**, haya **consentido libremente**. De tratarse de menores de edad, el consentimiento será prestado por sus representantes legales sólo si dicho menor "*no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención*" y "*después de haber escuchado su opinión*" (art. 9.3c). En todo caso, no procede prestar el consentimiento por representación si estamos ante un **mayor maduro de 16 años**, a no ser que haya un grave

²⁵ Vid. 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.

²⁶ Vid. Comité de Bioética de Cataluña, "Guía sobre el consentimiento informado", 2002, en línea: <http://comitedebioetica.cat/wp-content/uploads/2012/09/consentimiento-informado.pdf>, pág. 4.



riesgo para su vida o salud, en cual caso el facultativo decidirá quién deberá prestar el consentimiento (art. 9.4 LAP).

Finalmente, en cuanto al **derecho del menor a ser oído** (art. 12 CDN), se parte de la **presunción *iuris tantum*** que los menores tienen **capacidad para formar sus propias opiniones** a los 12 años y el derecho a expresarlas, existiendo una estrecha relación entre este derecho y el interés superior del menor. Siendo ambos principios generales de la CDN, el segundo fija los objetivos a alcanzar, mientras que el primero ofrece la metodología para conseguirlo, generando así una relación de complementariedad, **sin que sea posible satisfacer el interés superior sin respetar el derecho a ser oído**. Y esto es así porque la consulta del niño ayuda a determinar su interés superior, mientras que su participación en las decisiones que le afectan, facilitada por su derecho a ser escuchado, es un **instrumento** que estimula el futuro **desarrollo de su personalidad**²⁷.

Dicho esto, concluimos que en el ámbito sanitario existen dos criterios determinantes de la capacidad de obrar: el criterio subjetivo de la **capacidad natural**, valorado según un acto concreto y la madurez evolutiva del menor, y el criterio objetivo de la edad de 16 años, momento a partir del cual se presume *ope legis* capacidad natural suficiente:

Consentimiento personal	Consentimiento por representantes legales
(i) 16 años o emancipados	No capacidad natural
(ii) < 16 años con capacidad natural	Oír al menor de 12 años o más

Tabla 1: La capacidad de obrar sanitaria (LAP)

IV. LA MATERIALIZACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO

Siendo el interés superior del menor un principio rector en cualquier esfera de la vida, analizaremos ahora su concreción en el ámbito clínico.

IV.1 *El interés superior del menor: autonomía y beneficencia*

La protección del menor en el ámbito sanitario implica la armonización de tres principios: la **autonomía del paciente**, exigida por el reconocimiento jurídico de su dignidad intrínseca y el libre desarrollo de su personalidad; (ii) el **beneficio del paciente**, postulado como el **principio de beneficencia**, consistente, *grosso modo*, en la obligación de actuar en beneficio de otros, promoviendo el mejor interés del paciente²⁸, y (iii) el **interés superior del menor**, rector en todos los ámbitos de la vida y a favor del cual operan los demás principios.

²⁷ Vid. Observación General N° 12, de 20 de julio de 2009, del Comité, sobre el derecho del niño a ser escuchado, párrafos 20, 71, 74, 79; en línea: www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/.../CRC-C-GC-12_sp.doc.

²⁸ Vid. BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principios...*, cit., pág. 258.



Resulta indudable que el principio de **autonomía** está al servicio del interés superior porque la participación del menor en la toma de decisiones a través de su **consentimiento informado** y su **derecho a ser oído** opera a favor de su interés, al existir entre ellos una relación de complementariedad.

Por otro lado, el **beneficio** del paciente menor de edad, entendido como la satisfacción de sus **necesidades básicas o vitales**, o su **salud** física o psíquica, también forma parte de su interés superior al ser uno de sus criterios de concreción según el TS y la LOPJM. *Ergo*, el principio de beneficencia en que se apoya el beneficio del paciente, será un factor más al servicio del interés superior.

Dicho esto, **el principio de beneficencia no podrá sobreponerse al interés superior del menor** (cuestión de orden público), aunque siempre será tomado en cuenta junto al resto de los factores, mientras que la **autonomía** del paciente ofrece el mecanismo idóneo para recabar el consentimiento informado y facilitar el libre ejercicio del **derecho de autodeterminación**, garantizando así la aplicación correcta del interés superior. Consiguientemente, una **acción paternalista al margen del interés superior** (los criterios de concreción) **no será justificable**.

Sin embargo, la legislación sanitaria recorta la autonomía del menor en dos ocasiones: (i) por falta de capacidad natural, o (ii) por no alcanzar la edad sectorialmente exigida, debiendo en estos casos consentir el acto médico los representantes legales, en beneficio del representado²⁹. Esta regulación es alarmante en cuanto un **menor maduro que no alcanza la edad sanitaria requerida**, a pesar de tener madurez suficiente, no podrá ejercitar su derecho de autodeterminación, ni podrá determinar, según su propio código ético, qué beneficio pretende conseguir con la intervención, **concretando así el contenido de su interés**, pues la decisión final recaerá en manos ajenas —representantes o médicos—, pudiendo éstos acogerse a criterios de beneficio puramente médico en contra de la dignidad del menor, e incluso vulnerando su derecho a ser oído.

Debido a esto, resulta transcendental establecer criterios para determinar la capacidad de obrar en el ámbito sanitario, prescindiendo del factor de la edad. Para conseguirlo, adoptaremos la estrategia conocida como la **Escala Móvil de Capacidad**, aportada por la Bioética.

IV.2 La Escala Móvil de Capacidad: una posible solución

Ni desde el punto de vista jurídico, ni clínico existen parámetros unánimes para evaluar la capacidad de consentir del paciente, originando normativa sectorial generalizadora del factor "edad" con estándares de competencia muy exigentes (p.ej. elevando la capacidad de obrar a los 18 años), respaldando un paternalismo excesivo en detrimento del interés superior del paciente menor maduro.

Esta deficiencia inauguró diversos métodos de evaluación de la capacidad del paciente, comenzando por ROTH, MEISEL y LIDZ³⁰ que aportaron, para el ámbito psiquiátrico, dos criterios básicos: el **balance riesgos/beneficios** y el **sentido de la decisión —consentir vs. rechazar—**. Para ejemplificar, cuanto menos favorable es la intervención consentida, el "test" tiende a ser más elevado, plantando así la semilla de la "Escala Móvil de Capacidad":

²⁹ Vid. el art. 6.5 del Convenio de Oviedo.

³⁰ Vid. ROTH, L. H.; MEISEL, A.; LIDZ, C. W., "Tests of Competency to Consent to Treatment", *American Journal of Psychiatry*, 1977, 134, págs. 279-284, citado en SIMÓN-LORDA, P. "La capacidad...", *cit.*, pág. 332.



Con estos precedentes, DRANE³¹ desarrolló su estrategia de evaluación -la **Escala Móvil**-, según la cual la capacidad del paciente se *desplaza* sobre un continuum/escala de competencia que oscila desde la incapacidad total hasta la capacidad total, en virtud del **grado de complejidad de la decisión**³². Por ejemplo, cuanto más compleja sea una decisión, menos pacientes serán considerados capaces.

Actualmente, uno de los procedimientos clínicos de evaluación de la capacidad más sólidamente validado (adaptado y traducido al castellano³³), es el "*MacArthur Competence Assessment Tool*" (MacCAT-T) que, a través de una entrevista semi-estructurada del paciente, evalúa su capacidad de consentir a partir de cuatro criterios básicos: **comprensión, apreciación, razonamiento y elección**³⁴.

Sin embargo, ninguna herramienta de evaluación es adaptable a los pacientes menores de edad, debido a la imposibilidad de determinar una competencia global reveladora de capacidad legal de consentir, y porque dichos "tests" se aplican en casos en los que la capacidad de consentir es cuestionada por razones mayoritariamente de enfermedad mental o decisiones clínicas de alto riesgo (p.ej. consentir tratamientos especialmente invasivos). Partiendo de la premisa que los menores no son enfermos mentales, apuntaremos hacia una posible solución.

IV.3 La Escala Móvil de Capacidad y la minoría de edad: una propuesta

Sin ánimos de desarrollar un procedimiento detallado sobre la evaluación de la competencia en menores, dibujaremos los contornos de un posible modelo que podría equilibrar los valores en puja en este terreno, basado en la idea de la "Escala Móvil de Capacidad" pues, como bien apunta GETE-ALONSO, la autonomía del menor no es general, sino particular; no es absoluta, sino relativa a un acto concreto, siendo su **capacidad de obrar esencialmente móvil** y ampliable según aumenta su desarrollo intelectual y físico³⁵.

Para cumplir con las exigencias legales en este ámbito, postularemos el **interés del menor** como **principio superior** alrededor del cual girarán todos los factores de evaluación. Debido a las características propias del sector médico, debemos combinar, a la hora de determinar el estándar de competencia (esto es, el grado de exigibilidad de la capacidad), los **criterios de concreción** del interés superior jurisprudencial y legalmente reconocidos con los **criterios médicos y principios bioéticos** propios del ámbito clínico. El panorama emergente es el siguiente:

³¹ Vid. DRANE, J. F., "Las múltiples caras de la competencia; Cuanto mayor es el riesgo, más estricto es el estándar", en Couceiro, A., Madrid, Triacastela, 1999, págs. 163-176, en línea: <http://bibliopsi.org/docs/materias/obligatorias/CFP/etica/de%20filpo/UNIDAD%205%20Etica%20De%20Filpo/drae%20-%20las%20múltiples%20caras%20de%20la%20competencia.pdf>.

³² Vid. SIMÓN-LORDA, P., "La capacidad...", *cit.*, pág. 341.

³³ Vid. Memoria "Validación, adaptación y traducción al castellano del MacCAT-T: herramienta para evaluar la capacidad en la toma de decisiones sanitarias", becada en la convocatoria de becas Grífols de Bioética de 2008, en línea: <http://www.fundaciogrifols.org/documents/4662337/4689205/beca0208.pdf/4b99a564-414d-4d7e-84c8-232549d8e1c7>.

³⁴ Vid. APPEBAUM, P. S.; GRISSO, T., "Assessing Patient's Capacities to Consent to Treatment", NEJM, 1988, 319 (25), págs. 1635-8, citado en SIMÓN-LORDA, P., "La capacidad...", *cit.*, pág. 338.

³⁵ Vid. GETE-ALONSO, M. C., "Manifestaciones de la autonomía del menor en la normativa catalana", *Revista InDret 1/2005*, págs. 1-16, págs. 12-13.



Interés superior del menor → Criterios de concreción : necesidades básicas (salud física o psíquica); personalidad; identidad sexual; sexo, edad; opiniones, aspiraciones, etc.	
Ámbito sanitario	
Principios bioéticos	Criterios médicos de competencia
<ul style="list-style-type: none"> • autonomía • beneficencia • no maleficencia • justicia 	<ul style="list-style-type: none"> • MacCAT-T: comprensión, apreciación, razonamiento y elección • consecuencias de la decisión (consentida/rechazada) en relación al acto concreto: <ul style="list-style-type: none"> (i) balance riesgos/beneficios (ii) carácter (ir)reversible (iii) efectos a corto/medio/largo plazo

Tabla 2: Capacidad de consentir del menor

Como se puede observar, los **criterios de concreción** operan en un nivel anterior o preparatorio, pues sirven para identificar para un caso concreto el contenido del interés superior (p.ej. necesidad de interrumpir el embarazo ante el peligro para la salud de la menor).

En un segundo plano, y subordinados al interés superior, encontramos dos **factores médicos**: (i) **criterios de competencia**, y (ii) **principios bioéticos**.

Los **criterios de competencia** son dos. Primero, los postulados por **MacCAT-T**, que permiten evaluar la capacidad de consentir una intervención concreta, según si el paciente sea capaz de **comprender** la situación, **apreciar** las consecuencias, **razonar** y **expresar** su elección (p.ej. optar expresamente por la interrupción del embarazo, habiendo comprendido todas las consecuencias). Segundo, entendemos que la **naturaleza de la decisión** también modelará la capacidad de consentir, debiendo considerar sus **consecuencias** a partir del balance **riesgos/beneficios** y su **(ir)reversibilidad**, desplazando la competencia hacia estándares más exigentes en medida que los riesgos superen los beneficios y que los efectos sean más irreversibles (p.ej. el estándar de competencia debe ser más elevado para consentir una extracción de órganos que una extracción de sangre). Finalmente, como apunta la Psicología Evolutiva, los menores tienen plena capacidad de decisión "*respecto de aquello que tiene consecuencias a corto plazo, pero no respecto de lo que produce consecuencias a medio o largo plazo*"³⁶, lo que nos obliga a incorporar este aspecto como otro criterio de competencia (p.ej. un tratamiento hormonal transgénero requeriría una comprensión más reflexiva de la intervención que un tratamiento farmacológico antiinflamatorio que alivia el dolor). Para evitar resultados desproporcionados, todos estos criterios deben ser tomados en cuenta conjuntamente, y siempre con miras al cumplimiento del interés superior del menor.

³⁶ Vid. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., "El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)", Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 8 (2013), págs. 289-305; en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4524534.pdf>, págs. 8-9.



En cuanto a los **principios bioéticos** que rigen la relación médico-paciente, éstos no inciden directamente en la capacidad de consentir pero imponen ciertos límites infranqueables que no pueden ser atravesados de manera paternalista, postulando unos mínimos éticos a favor de la dignidad del paciente, por lo que, de ser tomados en serio, operarían en pleno provecho del interés superior del menor. Partiendo del modelo principialista de BEAUCHAMP y CHILDRESS, examinaremos cuatro principios básicos: **autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia**, únicamente en relación al tema debatido.

El **principio de autonomía** es relevante en cuanto garantiza la participación del paciente a partir de su consentimiento informado, siendo una garantía de su elección autónoma (derecho de autodeterminación)³⁷. A partir del Convenio de Oviedo, este principio está positivizado, siendo varias las reglas jurídicas que lo materializan: la capacidad natural rectora en los derechos de la personalidad, la mayoría de edad sanitaria (16 años) y el derecho a ser oído.

El **principio de beneficencia** implica promover los derechos e intereses legítimos del paciente (**beneficencia positiva**) y medir las ventajas e inconvenientes para obtener mejores resultados (**principio de utilidad**)³⁸. Entendemos que este principio obliga a considerar el balance riesgos/beneficios, sin desoír la opinión del paciente menor maduro que será quien mejor concretará, según sus aspiraciones y código ético, el beneficio buscado con la intervención, fortaleciendo así su capacidad de autodeterminación a favor del principio de autonomía.

El **principio de no maleficencia**, por otra parte, implica no hacer daño intencionadamente a partir de reglas como no matar, no causar sufrimientos, etc.³⁹, siendo uno de sus efectos jurídicos más relevantes la prohibición de incapacitar indebidamente al paciente menor.

Finalmente, el **principio de justicia** pretende eliminar las desigualdades en el acceso a la asistencia sanitaria y en la distribución de los recursos médicos⁴⁰, pudiendo relacionarlo, a nivel jurídico, con la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios médicos.

Para concluir, los criterios de competencia aquí propuestos, auxiliados por los principios bioéticos, fomentan la dignidad del paciente menor maduro y el libre desarrollo de su personalidad —fin último de su interés superior—, al ofrecer parámetros de evaluación de su competencia al margen del factor cronológico (la edad), promoviendo el libre ejercicio del derecho de autodeterminación. Partiendo de nuestra propuesta, procedemos a examinar hasta qué punto la legislación sectorial ha respetado el interés superior del menor.

³⁷ Vid. BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principios...*, cit., págs. 117-118.

³⁸ Vid. BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principios...*, cit., págs. 245-248.

³⁹ Vid. BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principios...*, cit., págs. 181-183.

⁴⁰ Vid. BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principios...*, cit., págs. 311-315.



V. REFERENCIAS LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE MENOR MADURO

Como hemos sugerido, un paciente debe consentir personalmente un acto concreto siempre que tenga la competencia necesaria para ello, evaluada según la escala móvil de capacidad a partir de los criterios MacCAT-T y las consecuencias de la decisión. De esta manera, se actúa en interés del menor, garantizando al mismo tiempo el derecho a la **salud** en su concepción **positiva** de "*estado completo de bienestar físico, mental y social*", y no mera "*ausencia de afecciones y enfermedad*"⁴¹.

Sin embargo, la **legislación sectorial** vigente, bajo el pretexto de reforzar la seguridad jurídica, ha ido proyectando la capacidad de obrar a partir del criterio pragmático de la **mayoría de edad**, amputando la capacidad de autodeterminación del menor maduro y su libertad de diseñar su propio proyecto de vida, mermando su interés superior. Esta sección examina hasta qué punto esta técnica legislativa de recortes puede justificarse en virtud de la escala móvil de capacidad propuesta, y hasta qué punto se han respetado los principios rectores en cada caso.

V.1 La práctica de ensayos clínicos

La práctica de ensayos clínicos eleva la capacidad de consentir a la mayoría de edad (18 años), obligándonos a revisar su regulación (art. 9.5 LAP). La finalidad de un ensayo clínico es descubrir los efectos farmacológicos de un medicamento para proceder *a posteriori* a su segura autorización y comercialización, mejorando las herramientas terapéuticas de prevención, alivio y curación de las enfermedades⁴². Puesto que los efectos de un fármaco varían según se trate de sujetos adultos o menores, nace la necesidad de investigar con éstos últimos para saber cómo funcionan los medicamentos con ellos, o curar una enfermedad infantil (p.ej. cáncer infantil).

Dado que como regla general la experimentación con humanos está prohibida (art. 16, Convenio de Oviedo), el procedimiento de ensayos clínicos en menores está sujeto a un **estricto régimen jurídico de protección**, más reforzado que el del ámbito de la medicina asistencial, debido a su carácter experimental y a la posible ausencia de beneficios directos. Los requisitos para que un menor pueda participar en un ensayo clínico son, entre otros⁴³:

- (i) que los **beneficios** superen los riesgos;
- (ii) **consentimiento informado**: si el **menor** es **capaz** de "*formarse una opinión y de evaluar la información que se le facilite*", éste debe **consentir personalmente**, pudiendo rechazar o abandonar el ensayo⁴⁴;

⁴¹ Vid. Observación General Nº 15, de 17 de abril de 2013, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24 CDN), del Comité de los Derechos del Niño, párrafo 4; en línea: <http://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>.

⁴² Vid. Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos, y el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

⁴³ Vid. el art. 5 del ya citado RD 1090/2015, que sigue lo establecido en el art. 32 del Reglamento (UE) Nº 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014.

⁴⁴ Vid. el citado R (UE) 536/2014, considerando 32 y arts. 29.8) y 32.1.c).



- (iii) que existan motivos científicos para creer que habrá un **beneficio directo** para el menor o algún **beneficio para la población** representada por el menor con un riesgo mínimo.

De los datos anteriores podemos concluir que la elevación de la competencia a la mayoría de edad no vulnera el principio vertebrador del interés superior del menor porque un **menor maduro** participará en el proceso a través de su consentimiento informado, pudiendo rechazar o abandonar el ensayo, respetando su **autonomía** y derecho de **autodeterminación**. Adicionalmente, la **imprevisibilidad de las consecuencias** impone elevar el estándar de capacidad, pudiendo ser justificado en nuestro marco a través de los criterios de competencias propuestos: el balance **riesgos/beneficios** y **consecuencias de la decisión**. No obstante, ante un **criterio de concreción del interés superior** que requiera la práctica del ensayo (p.ej. padecer una enfermedad rara, necesitando tratamiento urgente), debe procederse a favor del interés superior (p.ej. salvar la vida), autorizando el ensayo, pese a la imprevisibilidad de las consecuencias.

V.2 La extracción de órganos

La extracción de órganos de donantes vivos también tiene carácter excepcional, pudiendo efectuarse sólo en **interés terapéutico del receptor** y a falta de órgano apropiado de una persona fallecida o de un método terapéutico alternativo⁴⁵. El criterio de competencia se eleva a la **mayoría de edad**⁴⁶, prohibiendo la obtención de órganos de menores, aun con el consentimiento de los representantes⁴⁷ e incluso invalidando su propio consentimiento (art. 156 CP)⁴⁸.

Curiosamente, este régimen rígido se atenúa para la **extracción de tejidos** siempre que, según el art. 20.2 del Convenio de Oviedo:

- (i) se trate de extracción de **tejidos regenerables**
- (ii) no se disponga de un donante compatible capaz de consentir
- (iii) el receptor sea **hermano/a** del donante
- (iv) la donación sea para **preservar la vida del receptor**
- (v) los representantes hayan autorizado la extracción por escrito
- (vi) el **menor no se haya opuesto**

⁴⁵ Vid. el art. 19.1, Convenio de Oviedo. No analizaremos la extracción de órganos de donantes fallecidos al no ser aplicable en este caso el principio del interés superior del menor donante; tampoco analizaremos los casos de menores receptores de órganos, al no suponer ningún menoscabo del interés superior pues no existe ningún sacrificio por parte del receptor.

⁴⁶ Vid. el art. 20.1 del Convenio de Oviedo; el art. 4.a de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, y el art. 8.1.a del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

⁴⁷ Vid. el art. 8.1.d, del citado RD 1723/2012.

⁴⁸ Según el art. 156 CP, "el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de **trasplante de órganos** [...], salvo que [...] el **otorgante sea menor de edad** [...], en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales".



A nivel nacional, el art. 7.1 del RD-L 9/2014⁴⁹ prohíbe la extracción de células y tejidos de menores que no pueden otorgar su consentimiento, salvo que se trate de **tejidos o células reproducibles** cuya indicación terapéutica sea o pueda ser **vital para el receptor**, pudiendo, en este caso, consentir el representante legal.

De los datos se extrae que el estándar de competencia ha alcanzado para la **extracción de órganos** su nivel máximo —la mayoría de edad—, al tratarse de una decisión con **consecuencias irreversibles** que **no** redundan en **beneficio propio** del afectado, sino, dado su carácter solidario, en provecho de terceros (el receptor). De ser así, se respeta el interés superior del menor pues **no hay ningún criterio de concreción** que justifique el posible menoscabo de la **integridad física** en beneficio ajeno, protegiéndole así contra posibles manipulaciones que pueden viciar su consentimiento.

Por otro lado, la posibilidad de **extracción de tejidos regenerables** tampoco opera en contra del interés superior del donante menor pues podrá existir un **criterio de concreción** —el deseo de salvar la vida del hermano—, que justificará la intervención médica sin perjudicar al donante; nótese que se trata de tejidos regenerables, por lo que el efecto de la **decisión no será irreversible**, respetando al mismo tiempo la **capacidad de autodeterminación** del menor, que podrá **oponerse**⁵⁰.

Hasta ahora hemos visto que la elevación del estándar de competencia en el ámbito de los ensayos clínicos y la donación de órganos se justifica en virtud de la **imprevisibilidad de los efectos** en el primer caso, y la **falta de beneficio propio**, en el segundo, por lo que el **balance riesgos/beneficios se materializa en más riesgos que beneficios o ningún beneficio**; sin embargo, cuando existe un **criterio de concreción** del interés superior del menor (salvar su propia vida participando en un ensayo sobre la enfermedad rara que se padece, o salvar la vida del hermano donando tejidos regenerables), su intervención deberá ser permitida a pesar de incumplir el criterio cronológico, para así respetar su capacidad de **autodeterminación** en provecho de su **interés**. Sin embargo, los derechos a la salud sexual y reproductiva presentan más complicaciones.

V.3 Los derechos a la salud sexual y reproductiva

Cabe destacar que no existe ningún derecho fundamental a la salud sexual y reproductiva como tal, por lo que hemos de acudir al **Derecho Internacional** donde por primera vez, en el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 (Informe CIPD), se acuña el término "derecho a la salud reproductiva", definiéndolo como "*un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo*", incluyendo aquí la

⁴⁹ Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

⁵⁰ Parece incoherente que a diferencia del Convenio de Oviedo, el RD-L 9/2014 no impone como requisito un vínculo fraternal entre donante y receptor, pudiendo el menor donar células y tejidos reproducibles siempre que se cubra una necesidad vital; parece ser que el RD-L 9/2014 ha optado por anteponer la preservación de la vida ajena ante el sacrificio, aunque mínimo, ocasionado al donante. Dicho esto, quedará por analizar, caso por caso, si existe algún criterio de concreción del interés superior del menor que justifique este sacrificio (p.ej. salvar la vida de un primo).



planificación de la familia y la salud sexual, esto es, "*la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia*" (art. 7.2)⁵¹.

De manera similar, la Plataforma de acción para Pekín de 1995 señala que "*Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones*"⁵².

A continuación examinaremos la regulación de los derechos a la salud sexual y reproductiva (en adelante, DSSR) para averiguar si se ha respetado el interés superior del menor según el marco aquí propuesto.

V.3.1 Las técnicas de reproducción humana asistida

La práctica de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) pretende combatir los problemas de fertilidad y/o esterilidad a través de la manipulación de los gametos femeninos y masculinos con el objeto de favorecer el embarazo⁵³. Según el art. 6.1 de la **Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)**, la receptora/usuario de dichas técnicas debe ser **mayor de edad**, sin que nadie pueda consentir por ella.

En nuestra óptica, la elevación del estándar de competencia no vulnera los DSSR de la menor pues las TRHA pretenden resolver un problema de fertilidad/esterilidad, detectado después de un tiempo razonable de intentos frustrados de quedar embarazada y varias consultas con especialistas y diagnósticos médicos⁵⁴. Puesto que la mujer alcanza **máxima fecundidad** entre los 20 y 30 años⁵⁵, parece desacertado aplicar las TRHA a una menor de edad, máxime cuando esto implica tener un proyecto reproductivo bien definido, poco probable en la minoría de edad, al requerir niveles de comprensión, apreciación y razonamiento muy elevados (*vid.* criterios Mac-CAT-T). Por ende, la elevación de la capacidad opera a favor del **interés superior** pues evita riesgos apresurados (p.ej. un embarazo múltiple), sin impedir que en etapas posteriores, una vez fracasados los tratamientos alternativos de fertilidad y comprobada la infertilidad/esterilidad, se pueda acudir a las TRHA y satisfacer los DSSR de manera segura. Además, es improbable que, durante la minoría de edad, exista un criterio de **concreción** del interés superior (p.ej. riesgo grave para la salud mental por el hecho de carecer de descendencia), que imponga rebajar el factor cronológico establecido.

⁵¹ Vid. el Principio 8 del Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de las Naciones Unidas, de 5 a 13 de septiembre de 1994, El Cairo; en línea: https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf.

⁵² Vid. el art. 96 de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, del 4 al 15 de septiembre de 1995, Beijing. en línea: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>.

⁵³ Vid. Universidad de Ciencias Médicas, "Fertilización y esterilización asistida", 2012, pág. 3; en línea: <https://ucimed912.files.wordpress.com/2012/03/esterilizacion-y-fertilizacion-asistida-2.pdf>.

⁵⁴ La **esterilidad** es "*la incapacidad para lograr gestación tras un año de relaciones sexuales con frecuencia normal y sin uso de ningún método anticonceptivo*", mientras que la **infertilidad** se define como "*la incapacidad para generar gestaciones capaces de evolucionar hasta la viabilidad fetal*"; *vid.* Sociedad Española de Fertilidad, "Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida", 2011, pág. 17; en línea: http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf.

⁵⁵ Vid. Sociedad Española de Fertilidad, "Saber...", *cit.*, págs. 17-18.



V.3.2 La esterilización

La esterilización es la técnica de planificación familiar opuesta a las TRHA, al tratarse de un método anticonceptivo permanente e irreversible a través de la intervención quirúrgica, prohibida para los menores de edad (art. 156 CP).

Consideramos que la elevación de competencia aquí respeta el interés superior del menor debido a las **consecuencias irreversibles** y la **ausencia de fin curativo** de la esterilización, pudiendo el menor optar por otros **métodos menos invasivos** (p.ej. condones), con tal de preservar su proyecto reproductivo (la decisión de no tener descendencia). Asimismo, se opera a favor de su **derecho a la integridad física**, aplazando la toma de decisiones tan drásticas como la esterilización a una etapa posterior, pues sus aspiraciones pueden variar durante el proceso de maduración tan típico de la minoría de edad.

V.3.3 La interrupción voluntaria del embarazo

El terreno más pantanoso en el que se han visto afectados los DSSR es la interrupción voluntaria del embarazo donde, tras la última reforma operada por la **LO 11/2015**, de 21 de septiembre⁵⁶, se elevó el estándar de capacidad a los 18 años, suprimiendo la posibilidad que tenían las adolescentes de 16-17 años de decidir por sí mismas sobre su embarazo, reconocida por la **LO 2/2010, de 3 de marzo**⁵⁷. La regulación actual del aborto se resume a continuación:

Hasta 14 semanas de gestación (art. 14)	Causas médicas excepcionales (art. 15)		
	hasta 22 semanas	hasta 22 semanas	atemporal
Aborto libre: <ul style="list-style-type: none"> • acausal 	Aborto terapéutico: <ul style="list-style-type: none"> • grave riesgo para la vida y salud de la mujer 	Aborto eugenésico: <ul style="list-style-type: none"> • riesgo de graves anomalías para el feto 	Aborto eugenésico: <ul style="list-style-type: none"> • anomalías fetales incompatibles con la vida • enfermedad extremadamente grave e incurable en el feto

Tabla 3: Supuestos legales de interrupción del embarazo (LO 2/2010, de 3 de marzo)

El aborto se regula a través de un sistema mixto de plazos e indicaciones, siendo acausal y libre en las primeras 14 semanas de gestación, y causal para el resto. Es significativo que el **aborto terapéutico**, por "riesgo para la vida o salud de la mujer", se contemple sólo hasta semana 22, y no atemporalmente como en la legislación anterior⁵⁸, mientras que el **aborto**

⁵⁶ Vid. Ley Orgánica 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.

⁵⁷ Vid. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Según su suprimido art. 13.4 "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".

⁵⁸ Vid. LO 9/1985, de 5 de julio, de reforma del art. 417bis CP, que despenalizaba el aborto en tres supuestos: (i) **aborto terapéutico**, ante "grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada", sin plazos; (ii)



eugenésico, por "anomalías fetales incompatibles con la vida", esté autorizado atemporalmente, evidenciando una gran preocupación por la vida prenatal en detrimento de la vida de la mujer. Dicho esto, nos enfrentamos ante **dos impedimentos** para la capacidad de **autodeterminación de la menor madura**, ninguno de los cuales, como veremos, está amparado por el marco aquí propuesto:

- (i) la elevación del estándar de competencia
- (ii) la primacía del bienestar/vida fetal sobre la vida de la embarazada

Para reforzar el **deber de velar** por los hijos, inherente a la responsabilidad parental, el legislador eleva la **competencia** a los 18 años, exigiendo el consentimiento parental en el resto de los casos. Ésta es una medida ilegal, pues la potestad parental se ejerce "*siempre en interés de los hijos, [...], con respeto a sus derechos, su integridad física y mental*" (art. 154 CC), sin que pueda imponerse el consentimiento parental como una traba a la capacidad de autodeterminación de la menor madura. Es más, en el marco aquí propuesto, podrá haber un **criterio de concreción** del interés superior que justifique el aborto al margen de la voluntad parental (p.ej. evitar riesgo para la salud mental).

Crucialmente, a diferencia de la esterilización, los efectos del aborto son irreversible en cuanto al feto pero no en cuanto a la mujer, que podrá quedarse embarazada en el futuro, debiendo remover el obstáculo de la edad y del consentimiento parental, y permitir que la embarazada decida sobre la maternidad, según su grado de madurez (art. 47.1, LDOIA). De igual modo se pronuncia el Comité al proclamar que "*si el adolescente es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres de que se trata del "interés superior del niño"*⁵⁹.

En cuanto al segundo impedimento —**anteponer la vida prenatal a la vida de la embarazada**—, éste tampoco tiene fundamento, pues el interés superior se predica del menor, esto es, de la embarazada, no de la vida en formación, siendo únicamente la mujer titular del derecho a la vida, tal y como ha aclarado el TC, pues aunque el *nasciturus* sea un **bien jurídico** merecedor de protección, no es titular del derecho a la vida⁶⁰. Aun bajo una interpretación conjunta de los derechos afectados —la vida o salud de la embarazada y la vida prenatal—, resulta indiscutible que la vida de la mujer debe prevalecer, pues en caso contrario no sólo repercutirá negativamente en el bienestar del *nasciturus*, sino que **cosificará** a la mujer, **instrumentalizándola** para patrocinar un fin ajeno a su propio interés —la vida prenatal—, inconcebible en el marco legal vigente.

Dicho esto, no existe justificación alguna para elevar el estándar de capacidad en este ámbito; primero, porque existen **criterios de concreción** del interés superior que aniquilan la voluntad parental (p.ej. la protección de la vida o desarrollo de la menor; *vid.* art. 2.2a-d LOPJM); segundo, porque el balance riesgos/beneficios no puede gravar la vida de la mujer —titular de derechos— en beneficio de la vida prenatal; tercero, porque en el terreno de los DSSR, tan trascendental para el futuro, los menores no deben ser esclavos de consideraciones ajenas —

aborto ético/humanitario, de embarazos consecuencia de un delito de violación, en las 12 primeras semanas, y (iii) **aborto eugenésico**, cuando "*se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas*", en las primeras 22 semanas.

⁵⁹ *Vid.* Observación General N° 4 (2003), del Comité de los Derechos del Niño, sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, párrafo 32; en línea: <https://www1.umn.edu/humanrts/crc/spanish/Sgeneralcomment4.html>.

⁶⁰ *Vid.* STC 53/1985, de 11 de abril de 1985, del Pleno (FJ 7°).



la voluntad parental o el bienestar del *nasciturus*—, pues el ejercicio de los derechos de la personalidad no se pueden ni deben ceder.

Finalmente, no podemos suscribirnos al **parto inducido** como solución para armonizar los derechos en conflicto, cuando la vida o salud de la mujer corre peligro **superadas las 22 semanas** de gestación, tal y como sugiere el legislador⁶¹. Ésta es una solución descabellada, no sólo porque cosifica a la mujer, sino porque impone una **maternidad no deseada**, vinculando la sexualidad a la procreación, convencionalismo superado en las sociedades contemporáneas. Es preciso, por tanto, reconocer la **maternidad** como "*opción personal*" y no como "*función obligada portadora de identidad femenina*"⁶².

Visto lo anterior, queda patente que la actual regulación del aborto no sólo agravia la situación jurídica de un sujeto sumamente vulnerable —la menor madura—, sino que entra en conflicto con otras normas sobre el tema, como ahora veremos.

V.3.4 Algunas contradicciones

V.3.4.1 El consentimiento sexual

El hecho de que sólo las mayores de edad pueden consentir personalmente la interrupción del embarazo no sólo se aparta del régimen general de la mayoría de edad sanitaria, sino que es incoherente con la edad mínima para consentir una relación sexual con adultos (art. 183 CP), ambas fijadas a los 16 años. Entendiendo el consentimiento sexual como "*la edad por debajo de la cual [...] está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor*"⁶³, el CP penaliza la realización de actos sexuales con menores de 16 años, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez⁶⁴. En otras palabras, se le reconoce al menor de 16 años capacidad de **consentir una relación sexual** con adultos, pero no así para interrumpir su consecuencia más típica -el embarazo-.

V.3.4.2 Anticonceptivos de emergencia

La anticoncepción forma parte de los **derechos reproductivos**, al estar íntimamente vinculada con la **planificación familiar** (la libertad de tener hijos o no, y decidir cuándo)⁶⁵. De ser así, "*las restricciones jurídicas [...] que reducen o deniegan el acceso a [...] determinados métodos anticonceptivos modernos, como los anticonceptivos de emergencia, constituyen una*

⁶¹ Vid. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, Preámbulo § II.

⁶² Vid. TAMAYO HAYA, S., "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", Ms., Universidad de Cantabria, 22.04.2013, pág. 7; en línea: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.PDF.

⁶³ Vid. el art. 2b de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

⁶⁴ Vid. LO 1/2015, de 30 de marzo, Preámbulo § XII.

⁶⁵ Vid. el Informe CIPD de 1994, *cit.*, art. 7.13.



*violación del derecho a la salud*⁶⁶, debiendo dichos métodos "estar a disposición inmediata de los adolescentes sexualmente activos"⁶⁷.

La **Anticoncepción de Urgencia (AU)** es "la utilización de un fármaco o dispositivo para prevenir un embarazo después de una relación sexual coital desprotegida o en la que se haya producido un potencial fallo del método anticonceptivo"⁶⁸, siendo dos los **métodos farmacológicos** de AU en España:

AU	Aplicación	Efectos	
		Inhibe ovulación	Previene implantación (abortivo)
<ul style="list-style-type: none"> Levonorgestrel (LNG) 	<ul style="list-style-type: none"> hasta 72 horas 	<ul style="list-style-type: none"> sólo antes del pico de Hormona Luteinizante (LH) 	<ul style="list-style-type: none"> NO: ningún efecto después de la ovulación
<ul style="list-style-type: none"> Acetato de Ulipristal (AUP) 	<ul style="list-style-type: none"> entre 72-120 horas 	<ul style="list-style-type: none"> antes del pico de LH o en su inicio 	<ul style="list-style-type: none"> desconocidos efectos después de la ovulación

Tabla 4: Anticoncepción de Urgencia

Para reducir los embarazos no deseados, se liberalizó la dispensación en las farmacias de estos medicamentos, sin prescripción médica —desde 2009 para LNG, y desde 2014 para AUP (marca EllaOne)⁶⁹—. Los defensores de su liberalización, como la ONU, alegan que la **AU no es abortiva** pues actúa antes de la **implantación** (la anidación del embrión en el endometrio uterino), momento a partir del cual comienza, según la OMS, la **vida humana**. Puesto que el embrión inicia la implantación el séptimo día después de la fecundación y la completa ocho días después⁷⁰, ningún AU sería abortivo, al deber suministrarse dentro de los 3 o 5 primeros días de la relación sexual. Sin embargo, esto no es tan claro para el AUP, pues aún se **desconocen los efectos** que puede tener su **suministro después de la ovulación** (vid. Tabla 4).

Esta regulación revela un dato alarmante: el acceso libre a la AU *versus* la obstaculización del aborto, al **prohibir la interrupción quirúrgica del embarazo sin autorización paterna pero no su interrupción farmacológica**, bajo asunciones alejadas de la protección de los DSSR, como es el comienzo de la vida humana, pese a la negativa del TC a considerar el *nasciturus* titular del derecho a la vida, y la sugerencia del Comité a permitir que los menores accedan a los métodos anticonceptivos y el aborto sin el permiso del progenitor⁷¹, y

⁶⁶ Vid. El informe provisional preparado por Anand Grover, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos, sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 3 de agosto de 2011, párrafo 48; en línea: http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Jurisprudencia/instrumentos/Relator_salud.pdf.

⁶⁷ Vid. la citada Observación General N° 15, del Comité, párrafo 70.

⁶⁸ Vid. Sociedad Española de Contracepción, Protocolos SEGO/SEC, Anticoncepción de Emergencia, 2013, en línea: http://sec.es/descargas/PS_Anticoncepcion_de_urgencia.pdf.

⁶⁹ Vid. Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, Boletín mensual: Sobre medicamentos de uso humano y productos sanitarios, Noviembre de 2014; en línea: http://www.aemps.gob.es/informa/boletinMensual/2014/noviembre/docs/boletin-mensual_noviembre-2014.pdf.

⁷⁰ Vid. MANZANO SALCEDO, Á., "Cuestiones éticas y legales en torno a la dispensa de la Píldora del día después", CEU Ediciones, 2011, pág. 22; en línea: <http://www.ceuediciones.es/documents/Ebook5definitivo.pdf>.

⁷¹ Vid. la citada Observación General N° 15, del Comité, párrafo 31.



máxime cuando se les concede capacidad decisoria sobre la procreación antes de la mayoría de edad (el consentimiento sexual).

Saliendo del campo de los DSSR, finalizaremos este capítulo con una observación sobre la cirugía transexual.

V.4 La cirugía transexual

La cirugía transexual es otra de las excepciones del régimen general de la mayoría de edad sanitaria al exigir el estándar máximo de capacidad —la mayoría de edad— (art. 156 CP). A falta de legislación sectorial sobre el tema, nos referimos primero a la regulación internacional y autonómica.

Para entender los derechos en pugna en este terreno, hemos de partir del concepto de **identidad de género**, distinguiendo para ello entre la noción de “sexo”, referente a las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, y “género”, que añade el aspecto socio-cultural. Según el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, la “identidad de género” explica que *"el sexo asignado al nacer puede no corresponderse con la identidad de género innata que los menores desarrollan cuando crecen"*⁷², pues la identidad de género es *"el conjunto de sentimientos y pensamientos que tiene una persona en cuanto miembro de una categoría de género"*⁷³.

A partir de ahí, la **transexualidad** se define como una *"manifestación persistente de discordancia personal entre el sexo asignado al nacimiento y el sexo/género sentido"*⁷⁴, originando en la persona transexual rechazo hacia las características sexuales biológicas, aspirando a consecuencia a "corregir" su cuerpo mediante tratamientos médicos para *"conseguir vivir y ser tratada socialmente arreglo al género sentido y deseado"*⁷⁵. Ergo, los dos tratamientos médicos que aquí analizaremos —la hormonación y la cirugía de reasignación de género—, son de suma importancia para la identidad de género del transexual, repercutiendo en su dignidad humana.

Es ilustrativa al respecto la **STS 929/2007, de 17 de septiembre**⁷⁶, que subraya la necesidad de facultar al transexual a *"conformar su identidad sexual de acuerdo con sus sentimientos profundos, [...], pues de otro modo ni se protege su integridad, ni se le concede la protección a la salud"*.

Asimismo, la negativa a proporcionar tratamientos de modificación de los caracteres sexuales externos implicaría frenar el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), proyectado en una lesión de la dignidad humana, vulnerando al mismo tiempo el derecho a la salud (art. 43.1 CE) y a la integridad física y moral (art. 15 CE). Y esto es así porque en palabras del tribunal, *"en los factores anímicos anida el centro del desarrollo de la*

⁷² Vid. HAMMARBERG, T., "Derechos Humanos e Identidad de Género", 2009, pág. 4; en línea: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1621709&Site=COE&direct=true>.

⁷³ Vid. GARCÍA-LEIVA, P., "Identidad de género: modelos explicativos", Ms., Departamento de Psicología, Área de Psicología Social Universidad de Huelva, pág. 3; en línea: http://www.escritosdepsicologia.es/descargas/revistas/num7/escritospsicologia7_revision4.pdf.

⁷⁴ Vid. HURTADO-MURILLO, F., "Disforia de género en infancia y adolescencia: Guía de práctica clínica", Revista Española de Endocrinología Pediátrica, Abril 2015; 6 (Suppl), pág. 45; en línea: <http://www.endocrinologiapediatrica.org/revistas/P1-E12/P1-E12-S510-A283.pdf>.

⁷⁵ Vid. HURTADO-MURILLO, F., "Disforia...", *cit.*, pág. 46.

⁷⁶ Vid. STS 929/2007, Sala de lo Civil, 17 de septiembre de 2007, FD 4º.



personalidad", debiendo afirmar la "*supremacía del sexo psicológico sobre el cromosómico o biológico*", en base al libre desarrollo de la personalidad⁷⁷.

En líneas similares, la **Ley andaluza 2/2014, de 8 de julio**⁷⁸, siguiendo la doctrina del TEDH⁷⁹, aclara que

"En la persona imperan las características psicológicas que configuran su forma de ser y se ha de otorgar soberanía a la voluntad humana sobre cualquier otra consideración física. La libre autodeterminación del género de cada persona ha de ser afirmada como un derecho humano fundamental".

A pesar de que no todas las CCAA han legislado sobre los derechos sanitarios de los transexuales⁸⁰, existen a nivel internacional una serie de principios jurídicos —**los principios de Yogyakarta**—, que, aunque no vinculantes, establecen directrices de protección de los derechos humanos de las personas LGBT⁸¹. Según el **Principio 17**, los Estados deben facilitar acceso a tratamientos de **reasignación de género**, mientras que el **Principio 18** exige la prestación del consentimiento informado por el propio **menor**, "*de acuerdo a su edad y madurez y guiándose por el principio de que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración su interés superior*".

Dicho esto, tanto a nivel autonómico como internacional se protege la **autonomía del paciente** según su grado de madurez, al margen de su edad, y partiendo siempre de su interés superior, pues la **autodeterminación sanitaria** obedece aquí a una exigencia superior —la **autodeterminación de la identidad de género**—, componente inherente a la dignidad humana. Procedemos ahora a examinar la justificación del estándar de capacidad exigido en este ámbito.

Según la Asociación Mundial de Profesionales para la Salud Transgénero, el cambio de sexo contempla tres fases: psicológica, hormonal y quirúrgica⁸². El **tratamiento psicológico**, presente en todas las fases, consiste en un diagnóstico inicial de disforia de género y brinda apoyo psicológico en etapas posteriores. Los tratamientos de intervención médica, en cambio, son:

⁷⁷ Vid. STS 929/2007, Sala de lo Civil, 17 de septiembre de 2007, FD 1º.

⁷⁸ Vid. Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía, Preámbulo.

⁷⁹ Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencias de la Gran Sala de 11 de julio de 2002, en los casos Christine Goodwin contra el Reino Unido e I. contra el Reino Unido.

⁸⁰ La Ley Foral de Navarra 12/2009, de 19 de noviembre (art. 5), y la Ley vasca 14/2012, de 28 de junio (art. 11), de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas, reconocen el pleno derecho del menor a recibir tratamiento (terapia hormonal), mientras que la Ley catalana 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia y la Ley gallega 2/2014, de 14 de abril no regulan el ejercicio de estos derechos sino que sólo tienen un carácter enunciativo.

⁸¹ Vid. "Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género", 26 de marzo de 2007, Introducción, pág. 7; en línea: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf.

⁸² Vid. Asociación Mundial de Salud Transgénero, "Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género", 7ª versión, 2012; en línea: http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/SOC%20-%20Spanish.pdf.



Hormonación	Hormonación cruzada	Cirugía de reasignación de sexo
<ul style="list-style-type: none"> • frenación puberal • totalmente reversible • 12 años 	<ul style="list-style-type: none"> • administración de estrógenos y antiandrógenos en transexuales femeninas • administración de testosterona en transexuales masculinos • parcialmente reversible • 16 años 	<ul style="list-style-type: none"> • totalmente irreversible • 18 años • haber consolidado las fases anteriores • diagnóstico claro y persistente de disforia • requisito de transición social exitosa

Tabla 5: Intervenciones médicas⁸³

Dado el carácter **totalmente reversible** de la **frenación puberal** y su **objetivo** —suprimir las hormonas de la pubertad—, debemos rebajar el estándar de competencia, al precisar este tratamiento una iniciación temprana, desde los 12 años⁸⁴. Asimismo, existen varios criterios de **concreción** del **interés superior del menor** que amparan la autorización del procedimiento, al margen de la voluntad parental: su **salud mental, dignidad, identidad de género**. De ser así, y en virtud del balance **riesgos/beneficios**, este tratamiento terapéutico deberá permitirse si existe un diagnóstico claro de disforia persistente, y siempre escuchando el menor, debiendo los representantes asistirle durante el proceso, dada la **complejidad de la decisión** (consecuencias a largo plazo; comprensión reflexiva de la disforia y del tratamiento; apreciación de los riesgos y beneficios).

La **hormonación cruzada**, en cambio, es un tratamiento más complejo, de carácter **parcialmente reversible**. En las **transexuales femeninas**, la administración de estrógenos y antiandrógenos induce el crecimiento del pecho y disminuye la masa testicular, el tamaño del pene y la fertilidad, mientras que en los **transexuales masculinos**, la administración de testosterona agrava la voz y el crecimiento del clítoris, todo de forma **irreversible**⁸⁵. Por ello, parece acertado elevar el estándar de competencia a la **mayoría de edad sanitaria** al requerir mayor grado de comprensión y capacidad de decidir con pleno conocimiento de causa. En consecuencia, un **menor maduro de 16 años** deberá decidir por sí mismo, **sin autorización paterna**, al tratarse de un bien de la personalidad tan íntimo como es su identidad de género. De esta manera, se ampara su **interés superior** pues la supresión de la pubertad biológica conlleva, según los expertos, alivio inmediato de sufrimiento y un desarrollo social según el género deseado, mientras que su negación prolifera comportamientos de riesgo (intentos de suicidio, autohormonación) y comorbilidad mental (depresión, ansiedad, etc.)⁸⁶. Aunque la identidad podría fluctuar durante la adolescencia, no podemos aceptar este contraargumento para denegar

⁸³ Datos extraídos de HURTADO-MURILLO, F., "Disforia...", *cit.*, págs. 46-50.

⁸⁴ La no autorización de la frenación puberal en edades tempranas obstaculizará los tratamientos posteriores, requiriendo intervenciones más invasivas, p.ej. un transexual de mujer a hombre con desarrollo del pecho precisará mastectomía (HURTADO-MURILLO, F., "Disforia...", *cit.*, pág. 45).

⁸⁵ En las **transexuales femeninas**, la distribución de la grasa corporal y la disminución del pelo facial y corporal son **reversibles**, mientras que en los **transexuales masculinos**, son **reversibles** el aumento del vello facial y corporal, el cese de la menstruación, la redistribución de la grasa corporal y el aumento de la masa muscular (HURTADO-MURILLO, F., "Disforia...", *cit.*, pág. 50).

⁸⁶ *Vid.* HURTADO-MURILLO, F., "Disforia...", *cit.*, pág. 49.



la hormonación pues la disforia de género persiste desde edades muy tempranas en la mayoría de los casos.

Finalmente, la **fase quirúrgica** de reasignación de sexo (la cirugía genital) suele ser el último paso en el tratamiento de disforia de género, con efectos **totalmente irreversibles**. Crucialmente, no todos los transexuales precisan de cirugía, al encontrarse conformes con su expresión de género después de la hormonación, pero para muchos otros este tratamiento es médicamente necesario para aliviar los trastornos causados por su disforia de género⁸⁷. Ante los mayores riesgos asumidos de manera totalmente irreversible y la "opcionalidad" del tratamiento, respaldamos elevar la competencia a los **18 años**.

Para concluir, el interés superior del menor requiere acceso libre y seguro a los tratamientos de transexualidad desde edades tempranas. Sin embargo, la falta de regulación coherente a nivel estatal ha originado tratos desiguales a nivel autonómico, subordinando la **dignidad** de la persona a un factor tan ambiental como es su **vecindad civil**. Esta desprotección ha sido denunciada por varias organizaciones, apuntando que

"el interés superior de los menores transexuales no debe suponer "no intervenir" [...] El no arbitrar las medidas precisas para permitir que el menor pueda desarrollarse [...] conforme a su género cerebral, perjudica su derecho a desarrollarse en lo personal de manera libre: le hace interiorizar una vergüenza que no debería sentir, y con ello aprende a disimular y vivir una infancia y adolescencia que no se corresponde con su identidad sexual"⁸⁸.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El objetivo de este trabajo ha sido valorar, desde la perspectiva del menor maduro, la normativa reguladora de sus derechos personalísimos en el ámbito sanitario (la vida, salud, integridad física, maternidad e identidad de género) y promover la titularidad activa de estos derechos a partir de la elaboración de una propuesta de evaluación de la capacidad de obrar sanitaria al margen del criterio cronológico de la edad. Consideramos que sólo así se opera a favor del interés del menor, armonizando al mismo tiempo los valores en puja en este terreno: la autonomía del paciente menor maduro y los intereses ajenos concurrentes.

Dos han sido los principales campos de vulneración del interés superior: los DSSR y la identidad de género, debido al paternalismos y androcentrismo que dominan la legislación, originando situaciones de desigualdades monumentales y discriminación múltiple, basadas en factores como el sexo, la edad y la identidad de género. Para combatir estos problemas estructurales, debemos promover el empoderamiento de los colectivos discriminados a través de un enfoque inclusivo y transversal, facilitando su participación activa en todos los ámbitos de la vida.

De lo estudiado en este trabajo resulta patente que la edad no debe ser un criterio absoluto de (in)capacidad para el ejercicio de los derechos de la personalidad, debiendo imperar en el ámbito sanitario el criterio de la capacidad natural, sosteniendo el derecho de autodeterminación del menor maduro como un límite a intereses ajenos concurrentes, incluida la patria potestad.

⁸⁷ Vid. Asociación Mundial de Salud Transgénero, "Normas...", *cit.*, pág. 62.

⁸⁸ Vid. MALDONADO MOLINA, J., "El Derecho y los menores transexuales", II Encuentro Estatal de Familias, 16 de noviembre de 2014, pág. 3; en línea: <http://chrysalis.org.es/el-derecho-y-los-menores-transexuales/>.



Las propuestas enunciadas tienen varias implicaciones prácticas con tal de fomentar un Derecho positivo antidiscriminatorio, destacando la **necesidad de**:

- (i) **revisar** los conceptos de "**salud**" y "**género**" operantes, transformando, mediante las reformas oportunas, la **salud** en **derecho fundamental**, y no mero principio orientador de la acción estatal con eficacia diferida, para luego promover el ejercicio del libre albedrío en **igualdad** de condiciones;
- (ii) **revisar** el concepto de "**menor**", superando su concepción arcaica de "objeto de caridad" mediante vías viables hacia su **empoderamiento**, reforzando su participación en la toma de decisiones y en la evaluación de los servicios;
- (iii) garantizar **servicios de salud** amigables y accesibles para los menores, basados en la **diversidad funcional**, atendiendo las necesidades diversas de *los* y *las* menores; para su efectividad, urge regulación estatal uniforme de los derechos sanitarios, removiendo los obstáculos territoriales (legislación autonómica incoherente/insuficiente/inexistente) y materiales (financiación pública), mediante la asignación de **recursos adecuados**;
- (iv) **revisar** la regulación de los DSSR, permitiendo el aborto terapéutico y ético atemporalmente, a favor de una maternidad libremente decidida.

Muchas son las limitaciones del trabajo, siendo la más destacada la **protección** de los derechos del menor. Para promover el derecho de autodeterminación del menor maduro en el ámbito sanitario, urgen mecanismos efectivos que ofrezcan al menor la posibilidad de **exigir** el cumplimiento de sus derechos, **denunciar** su violación y obtener la correspondiente **reparación**. Para ello, recalamos la posición extraordinaria que ocupan los médicos, debiendo examinar hasta qué punto su inactividad podría ampararse en su deber de secreto profesional o su derecho a la objeción de conciencia, tan nocivas para los derechos del menor⁸⁹.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS (AEMPS), *Boletín mensual de la AEMPS: Sobre medicamentos de uso humano y productos sanitarios*, Noviembre de 2014; en línea: http://www.aemps.gob.es/informa/boletinMensual/2014/noviembre/docs/boletin-mensual_noviembre-2014.pdf.
- ASOCIACIÓN MUNDIAL DE SALUD TRANSGÉNERO, *Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género*, 7ª versión, 2012; en línea: http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/SOC%20-%20Spanish.pdf.
- BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, JAMES F., *Principios de Ética Biomédica*, Barcelona: Masson S.A. (4ª ed.), 1999.
- CILLERO BRUÑOL, M., *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, Ms, en línea: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf.

⁸⁹ Nótese que el art. 9.6 LAP apela a la colaboración de los médicos en casos de urgencia vital.



- COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA, *Guía sobre el consentimiento informado* (versión revisada), 2002; en línea: <http://comitedebioetica.cat/wp-content/uploads/2012/09/consentimiento-informado.pdf>.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., "El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 8 (2013), págs. 289-305; en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4524534.pdf>.
- DRANE, J. F., "Las múltiples caras de la competencia; Cuanto mayor es el riesgo, más estricto es el estándar", en *COUCEIRO, A.*, Madrid, Triacastela, 1999, págs. 163-176; en línea: <http://bibliopsi.org/docs/materias/obligatorias/CFP/etica/de%20filpo/UNIDAD%205%20Etica%20De%20Filpo/drane%20-%20las%20múltiples%20caras%20de%20la%20competencia.pdf>.
- GARCÍA-LEIVA, P., *Identidad de género: modelos explicativos*, Ms., Departamento de Psicología, Universidad de Huelva; en línea: http://www.esritosdepsicologia.es/descargas/revistas/num7/escritospsicologia7_revision4.pdf.
- GETE-ALONSO, M. C., "Manifestaciones de la autonomía del menor en la normativa catalana", *Revista InDret 1/2005*, págs. 1-16.
- HAMMARBERG, T., *Derechos Humanos e Identidad de Género*, 2009, en línea: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1621709&Site=COE&direct=true>.
- HURTADO-MURILLO, F., "Disforia de género en infancia y adolescencia: Guía de práctica clínica", *Revista Española de Endocrinología Pediátrica*, Abril 2015; 6 (Suppl); en línea: <http://www.endocrinologiapediatrica.org/revistas/P1-E12/P1-E12-S510-A283.pdf>.
- MALDONADO MOLINA, J., *El Derecho y los menores transexuales*, II Encuentro Estatal de Familias, 16 de noviembre de 2014; en línea: <http://chrysallis.org.es/el-derecho-y-los-menores-transexuales/>.
- MANZANO SALCEDO, Á., *Cuestiones éticas y legales en torno a la dispensa de la Píldora del día después*, CEU Ediciones, 2011, en línea: <http://www.ceuediciones.es/documents/Ebook5definitivo.pdf>.
- MEMORIA, *Validación, adaptación y traducción al castellano del MacCAT-T: herramienta para evaluar la capacidad en la toma de decisiones sanitarias*, becada en la convocatoria de becas Grífols de Bioética de 2008, en línea: <http://www.fundaciogrifols.org/documents/4662337/4689205/beca0208.pdf/4b99a564-414d-4d7e-84c8-232549d8e1c7>.
- OCÓN DOMINGO, J., "Normativa internacional de protección de la infancia", *Cuaderno de Trabajo Social*, vol. 19, 2006.
- ROTH, L. H.; MEISEL, A.; LIDZ, C. W., "Tests of Competency to Consent to Treatment", *American Journal of Psychiatry*, 1977, págs. 279-284.
- SIMÓN-LORDA, P., "La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 102 (2008), vol. XXVIII, págs. 325-348.



- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CONTRACEPCIÓN, *Protocolos SEGO/SEC*, Anticoncepción de Emergencia, 2013; en línea: http://sec.es/descargas/PS_Anticoncepcion_de_urgencia.pdf.
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*; 2011; en línea: http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf.
- TAMAYO HAYA, S., *Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas*, Ms., Universidad de Cantabria, 22 de abril de 2013; en línea: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.PDF.
- TRINIDAD NÚÑEZ, P., "La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 4 (2012).
- UNIVERSIDAD DE CIENCIAS MÉDICAS, *Fertilización y esterilización asistida*, 2012; en línea: <https://ucimed912.files.wordpress.com/2012/03/esterilizacion-y-fertilizacion-asistida-2.pdf>.

