

# Comentarios a Lei 3/2005, do 7 de marzo, de modificación da Lei 3/2001, do 28 de maio, reguladora do consentimento informado e da historia clínica dos paciente IV

Lamas Meilán, M.M.  
Doctor en Derecho

Cad Aten Primaria  
Año 2006  
Volumen 13  
Pág. 129-134

## INTRODUCCIÓN

En el anterior artículo seguimos analizando el artículo 5 de nuestra Ley donde se regulan las **instrucciones previas**, comentando la posibilidad que establece la presente modificación legislativa de poder designar un representante para que llegado el caso, sirva como interlocutor con el médico o con el equipo sanitario para procurar dar cumplimiento a las instrucciones previas. La anterior carencia ya había sido denunciada<sup>(1)</sup> en un artículo de ésta revista hace cuatro años, cuando comentamos el articulado de la Lei 3/2001 y en donde manifestamos nuestra sorpresa ya que dicha posibilidad aparecía recogida en la Ley Catalana y también, por aquel entonces, Proposición de Ley Básica Estatal. Lo anterior puede tener una importancia básica, como nos dice Terribas i Sala<sup>(2)</sup>, ya que el contenido del representante es no sólo servir de interlocutor válido, sino también actuar como un auténtico fiduciario de este, en el sentido que su mediación sea decisiva en la toma de decisiones igual que si se tratase del propio paciente, siempre que no se vaya en contra de su voluntad. De ahí que la elección del representante deberá hacerse con seriedad, reflexionando bien qué persona, con la que exista una relación de plena confianza, conocedora de los valores y principios del otorgante, garantizando que llegado el momento decisivo no se encontrará mediatizado por conflictos de intereses o circunstancias de emotividad o sentimientos contradictorios, que será capaz de defender la voluntad del paciente incluso contra el criterio médico que pretenda evadirla.

Comentamos el apartado 3 del artículo 5, en el que se regulan los supuestos en los que no serán aplicadas las **instrucciones previas**, así **...las contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado tenía previsto en el momento de manifestarlas**. Constatando que los cambios introducidos, en este supuesto, con relación a la anterior redacción son mínimos ya que tan sólo consisten en decir *lex artis* donde antes se decía *contrarios a la buena práctica clínica* y decir *quedará constancia razonada en la historia donde antes se decía se hará la correspondiente anotación en la historia*.

Son unánimes todos los autores en reconocer que cuando el legislador introduce el concepto "contrarias al ordenamiento jurídico" estaba pensando en el artículo 143 del vigente Código Penal que castiga *...el que causare o cooperare activamente en actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición sería e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera...* Si bien tras lo anterior resulta obligado recordar una vez más, ésta vez en palabras de Sánchez Caro<sup>(3)</sup>, que la modalidad de eutanasia pasiva, consistente en la no-adopción de medidas o tratamientos tendentes a prolongar la vida del enfermo o bien la interrupción o cese de un determinado tratamiento médico, en el entendimiento de que en cualquier caso se produciría la muerte, constituye lo anterior un supuesto atípico penalmente. Lo mismo ocurre con la modalidad de eutanasia activa indirecta, la cual sucede cuando el médico procede al suministro de analgésicos para aliviar los padecimientos o sufrimientos del paciente, asumiendo que los mismos provocarán casi seguro el acortamiento de su vida, encontrándonos aquí igualmente ante un supuesto sin efectos penales, siempre que el suministro de analgésicos se acomode a la *lex artis*.

Continuaremos analizando el artículo 5.

## Artigo 5. Instruccions previas.

### 5. As instruccións previas poderán revogarse libremente en calquera momento deixando constancia por escrito.

En el anterior texto no había una previsión expresa de esa posibilidad, la actual redacción se limita a copiar literalmente el apartado 4 del artículo 11 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 opinión de Requero<sup>(4)</sup> en ausencia de regulación específica habría que entender que las formalidades previstas para el otorgamiento, las previsiones de constancia y custodia del documento deberían regir también para la revocación. Ya que el mismo escrupulo jurídico que se advierte para preservar la

voluntad anticipada del paciente debe seguirse para cuando decida dejarla sin efecto, pues tanto el otorgamiento de la voluntad como su revocación es la misma manifestación de su autonomía.

El apartado introducido viene a llenar en nuestra Ley un vacío el cual no entendemos como pudo pasar desapercibido a nuestro legislador, ya que es lógico pensar que de un modo más o menos frecuente el otorgante cambie de parecer a lo largo de su existencia y especial cuando se encuentre aquejado de algún tipo de patologías de larga evolución. Nos dice López Sánchez<sup>(5)</sup> que si un paciente puede beneficiarse de una técnica innovadora conocida con posterioridad a la redacción de su documento de instrucciones previas, en ese caso, paradójicamente, el médico podría verse atado por el contenido explícito del mismo, lo que reafirma la necesidad de ir adaptándolo a las circunstancias que vayan surgiendo con el paso del tiempo.

Sin olvidar que la designación de representante es posible hacer depender su revocación de algún tipo de circunstancia, como puede ser la existencia de una separación de hecho, si el cónyuge o la pareja de hecho ocupa dicho cargo.

Romeo Malanda<sup>(6)</sup> considera criticable que tanto la instrucción previa como la revocación conste por escrito, pues debe admitirse que la "expresión de voluntad" así como, en su caso, el cambio de opinión conste a través de otros medios tan o más seguros que el escrito (pensemos, por ejemplo en una grabación de video o de voz), o, incluso que terceras personas puedan conocer mejor y de primera mano, la voluntad real del paciente en momentos anteriores a la intervención.

Tras lo anterior decir que el hecho de reconocer que terceras persona conocen mejor y de primera mano la voluntad real del paciente, nos puede plantear problemas de veracidad muy serios y conducirnos al terreno de la verdad envenenada, que no es otra sino la mera convicción. No obstante existe unanimidad en todos los autores en reconocer que si el paciente está consciente y en uso de sus facultades se le puede recabar un consentimiento informado ordinario, entendiéndose que si se ha optado por esa vía la misma prevalecerá sobre un posible documento de instrucciones previas preexistentes. Ya que si la persona tiene capacidad para expresar su consentimiento éste prevalece sobre lo manifestado en el documento anterior.

Lo anterior aparece recogido en la Ley 3/2005 de Extremadura, la cual en su apartado 3 del artículo 21 nos dice *...no tendrán eficacia alguna las instrucciones contenidas en el documento de expresión anticipada de voluntad si el interesado emite un consentimiento informado que contraría, exceptúa o matiza las citadas instrucciones en una determinada actuación sanitaria, prevaleciendo lo manifestado en el consentimiento informado.*

La Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid, en su artículo 7 en el que se regula la modificación, sustitución y revocación de las instruc-

ciones previas nos dice en su apartado 2 *...en todo caso, mientras la persona otorgante conserve su capacidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la presente Ley y pueda manifestar libremente su voluntad, ésta prevalecerá sobre las instrucciones contenidas en el documento.* En sentido similar, el artículo 17.4 de la Ley 1/2003 de Valencia establece *...las voluntades anticipadas pueden modificarse, ampliarse o concretarse o dejarlas sin efecto en cualquier momento, por la sola voluntad de la persona otorgante, dejando constancia por escrito o de forma indubitada.*

En el mismo sentido se recoge en el artículo 5 de la Ley 7/2002, de 12 de diciembre del País Vasco cuando no dice *...mientras la persona otorgante conserve su capacidad, su libertad de actuación y la posibilidad de expresarse, su voluntad prevalece sobre las instrucciones previas contenidas en el documento de voluntades anticipadas ante cualquier intervención clínica.*

El Grupo Parlamentario Mixto, el 4 de octubre de 2002, presentó una Proposición de Ley en la que se pretendía añadir un artículo en el que se limitaba el período de vigencia del documento *no más de cinco años*, si bien lo anterior fue rechazado así que una vez se haya otorgado el documento no se necesita renovarlo.

**6. Co fin de garantir a eficacia, no ámbito da Comunidade Autónoma, das instrucións previas manifestadas polos pacientes, e formalizadas documentalmente, de acordo co disposto neste artigo, creárase un Rexistro Autonómico de Instrucións Previas, adscrito á Consellería de Sanidade, que se rexerá polas normas que regulamentariamente se determinen.**

El 17 de noviembre de 2004, el Ministerio de Sanidad y Consumo<sup>(7)</sup> ha remitido a las Comunidades Autónomas, para su debate, el proyecto de Real Decreto por el que se regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

En dicho proyecto se establece que el Registro Nacional de Instrucciones Previas estará adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo y en él se recogerán las inscripciones de los distintos registros autonómicos, que pasarán a tener validez en todo el territorio nacional. Una vez que se produzca la inscripción en cualquiera de los registros autonómicos, los responsables de estos deberán comunicarlo al Registro Nacional por vía telemática en un plazo máximo de 72 horas para su inclusión. Cuando el formulario de datos resulte incompleto o se aprecie algún defecto, se procederá a la inscripción provisional y se requerirá al registro autonómico para que facilite los datos en un plazo de 15 días. Si transcurrido este plazo no se subsana la falta de información o se corrigen los errores advertidos, se denegará la inscripción.

Podrán acceder al Registro Nacional las personas que hayan presentado sus instrucciones previas así como sus representantes legales, en

el caso de que los hubiera. Además, tendrán también acceso los responsables acreditados de los registros autonómicos y aquellas personas designadas por la autoridad sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente, o por el Ministerio de Sanidad y Consumo. El sistema de consulta del registro garantizará en todo momento la confidencialidad, seguridad e integridad de los datos y la plena disponibilidad a cualquier hora del día por parte de los interesados.

Cuando se haya puesto en marcha el Registro, las Comunidades Autónomas que tengan registros propios deberán remitir la totalidad de sus inscripciones al Registro Nacional, que contará con un fichero automatizado de datos de carácter personal. En el supuesto en el que alguna Comunidad no tenga aún registro, las personas interesadas podrán inscribirse directamente en el Registro Nacional en tanto se procede a la constitución del correspondiente registro autonómico. Cuando esto suceda, el Registro Nacional enviará toda la información al organismo autonómico.

Nos dice Francino Batle<sup>(9)</sup>, que todo registro de voluntades anticipadas debe cumplir tres exigencias básicas: **accesibilidad**, tanto para el paciente, en cuanto le permite en cualquier momento publicar el otorgamiento, revocación o modificación de sus voluntades; como para el sistema sanitario, en cuanto constituye un instrumento que permite conocer de forma inmediata, la existencia y contenido del documento; **confidencialidad**, en cuanto debe cumplir con las exigencias de la Ley de Protección de Datos y garantizar el derecho a la intimidad que las leyes reguladoras de la materia predicen sobre los datos relativos a la salud; **legitimidad del documento**, en cuanto determina que el otorgante realmente consintió de forma libre e informada y si se trata de un documento privado, que los testigos existen y son idóneos.

#### Artigo 6. Outorgamento do consentimento por substitución.

##### 1. Son situacións de outorgamento do consentimento por substitución as seguintes:

- a) **Cando o paciente estea circunstancialmente incapacitado para tomar decisións, por criterio do médico responsable da asistencia, o dereito corresponderalles aos seus familiares ou ás persoas vinculadas de feito a el. No caso de familiares, darase preferencia ao cónxuxe ou, se é o caso, a quen teña a condición legal de parella de feito. No seu defecto, aos familiares de grao máis próximo e dentro do mesmo grao aos que exezan de coidadores ou, a falta destes, aos de maior idade.**
- b) **Cando o paciente sexa un incapacitado legal, o dereito correspóndelle ao seu representante legal, que deberá acreditar de forma clare e inequívoca, en virtude da correspondente sentenza de incapacitación, que está legalmente habilitado para tomar decisións que afecten a persoa do incapaz.**

Así mesmo, cando por criterio do médico responsable, o incapacitado reúne suficientes condicións de madurez, facilitaráselle a información axeitada á súa capacidade. A opinión deste será tomada en consideración como un factor que será tanto máis determinante en función da súa capacidade.

- c) **Cando o paciente menor de idade non sexa capaz intelectual nin emocionalmente de comprender o alcance da intervención, neste caso, o consentimento darao o representante legal do menor despois de escoitar a súa opinión se ten doce anos cumpridos. Cando se trate de menores non incapacitados, pero emancipados ou con dezaseis anos cumpridos, non cabe prestar o consentimento por substitución. Porén, no caso de actuación grave risco, segundo o criterio do facultativo, os pais serán informados e a súa opinión será tida en conta para a toma da decisión correspondente.**
  - d) **No caso de que a decisión do representante legal sexa contraria aos interese do menor ou incapacitado, deberán poñerse os feitos en coñecemento da autoridade competente en virtude do disposto na legislación civil.**
2. **A interrupción voluntaria do embarazo, a práctica de ensayos clínicos e a práctica de técnicas de reprodución humana asistida réxense polo establecido con carácter xeral sobre a maioría de idade e polas disposicións especiais aplicables.**
  3. **A representación do consentimento por substitución será axeitada ás circunstancias e proporcionada ás necesidades que cómpre atender, sempre a favor do paciente e con respecto á súa dignidade persoal. O paciente participará na medida do posible na toma de decisións ao longo do seu proceso sanitario.**

*Cuando el paciente esta circunstancialmente incapacitado...* se esta pensando en una situación de trastorno mental transitorio, la cual descarta la posibilidad de reconocer capacidad natural en el sujeto pasivo para consentir. En opinión de Gómez Pavón<sup>(9)</sup> al tratarse de una situación transitoria, no permanente, considera lo correcto esperar a que el sujeto recupere la normalidad. Si bien en casos de urgencia, cuando un retraso en el tratamiento o intervención pueda suponer un riesgo grave para la salud o la vida del paciente, con trastorno mental transitorio, deberá recabarse la autorización.

A diferencia del anterior texto, en el apartado 1.a) se introduce la expresión *...por criterio do médico responsable da asistencia*, lo anterior nos esta diciendo que el facultativo responsable de la asistencia deberá hacer constar que el paciente se encuentra incapacitado y las probables causas o circunstancias que originan tal situación. Abel Lluch<sup>(10)</sup> nos dice que lo anterior en principio no plantea ningún problema cuando sólo interviene un médico y éste, además es el médico responsable, pero puede ofrecer dificultades en aquellos otros supuestos en que intervienen distintos facultativos en un solo acto

médico o el proceso asistencial requiera de la intervención sucesiva en el tiempo de varios facultativos. En tales casos, parece preferible residir la capacidad de decisión en el médico responsable.

Desaparece del actual texto el término *allegado*. Fraga Mandián<sup>(11)</sup> ya había considerado como absurdo él haberlo incluido en la Ley General de Sanidad en su artículo 10.6 b), hoy ya derogado, ya que al tratarse de un concepto indeterminado generaba inseguridad en su aplicación. Para el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, *allegado ...es dicho de una o más personas respecto de otra u otras, cercano o próximo en parentesco, amistad, trato o confianza*. De ahí que éste autor hubiese considerado absurda su inclusión, dado el rigor exigible considerando los bienes jurídicos en juego.

Al referirse a los familiares se nos dice que *...se dará preferencia al cónyuge, o si es el caso al que tenga la condición de pareja de hecho*. Ya habíamos comentado en el año 2003, en otro artículo de ésta revista<sup>(12)</sup>, que si bien nuestro legislador se había limitado en su gran mayoría a copiar el modelo Catalán en este apartado no había incluido junto con los familiares a las personas a él vinculadas tal y como lo recogía la Ley Catalana, ya que considerábamos que lo anterior habría la posibilidad de otorgar el consentimiento a la pareja de hecho, término este mucho más acorde con la realidad social y el cual también fue acogido en la Ley Estatal. De ahí que nos alegremos que los viejos prejuicios que pudieron acobardar a nuestro legislador hayan desaparecido.

Otra novedad que se introduce en el nuevo texto, es la de dar preferencia a los parientes dentro del mismo grado a los que ejerzan de cuidadores, a falta de estos, los de mayor edad. El hecho de dar preferencia a los cuidadores puede resultar un tanto complejo, ya que dicha labor puede ser compartida entre diversos familiares todo ellos del mismo grado y entre ellos no haber acuerdo a la hora de otorgar el consentimiento por substitución. También el hecho de dar preferencia entre los familiares, cuando ninguno de ellos ejerza labores de cuidado, al de mayor edad puede resultar un tanto complejo, piénsese en una persona de edad avanzada la cual por temor no quiera asumir ningún tipo de responsabilidad, de ahí que la elección del representante resulte sumamente útil para tratar de evitar que personas sumidas en conflictos de intereses o circunstancias de emotividad puedan ser un obstáculo en la defensa de los intereses del paciente.

**b) Cando o paciente sexa un incapacitado legal, o dereito correspóndelle ao seu representante legal, que deberá acreditar de forma clara inequívoca, en virtude da correspondente sentenza de incapacitación, que está legalmente habilitado para tomar decisións que afecten a persoa do incapaz.**

Así mismo, cando por criterio do médico responsable, o incapacitado reúne suficientes condicións de madurez, facilitarálle a información axeitada á súa capacidade. A opinión deste será tomada en con-

sideración como un factor que será máis determinante en función da súa capacidade.

Los cambios introducidos por el legislador en el anterior apartado son mínimos. Tan sólo suprime del anterior texto que la información facilitada, si el incapaz reúne suficientes condiciones de madurez, se adecuaría además de su capacidad a su edad y formación. Quedándose en el actual texto tan sólo la capacidad como factor determinante a la que habrá de adecuarse tanto la información que deberá transmitirse como la consideración que deberá darse a la opinión del incapaz.

El legislador no dice que el representante legal deberá acreditar de forma clara e inequívoca en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación que esta habilitado para tomar decisiones, tras lo anterior haremos las siguientes puntualizaciones: El hecho de que el representante del incapaz le presente al médico responsable del paciente la sentencia de incapacitación debidamente testimoniada es decir legalizada por el propio juzgado, ya que no deben admitirse las meras fotocopias al carecer de valor documental, no acredita de forma clara e inequívoca que se encuentra habilitado. Ya que puede haber desaparecido las deficiencias que motivaron la anterior sentencia o bien se hayan transformado evolucionando hacia una mejoría o un empeoramiento, y tras lo anterior haberse producido otro proceso cuyo objeto fuese la reintegración plena de la capacidad de obrar de la persona declarada incapaz, con la desaparición de las garantías previstas en la sentencia o bien la modificación de las medidas adoptadas en la incapacitación con la consiguiente ampliación o restricción.

Lo anterior aparece recogido en el artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual nos dice *...la sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida*. Sin olvidar que el tutor puede haber sido removido de la tutela por alguno o algunos de los motivos que aparecen recogidos en el artículo 247 del Código Civil *...incurra en causa legal de inhabilidad, o se conduzca mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios de su cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados*. De ahí que para tener constancia que la sentencia presentada tenga plena vigencia, al no haberse visto modificada total o parcialmente por una posterior resolución, deberá el médico solicitar que junto con la sentencia se acompañe una certificación de nacimiento del incapaz, recientemente expedido por el encargado del Registro Civil, en donde figure una anotación marginal en la cual se recojan los aspectos fundamentales de la sentencia presentada.

El artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *establece ...que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos de incapacitación... se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la*

*práctica de los asientos que correspondan y en el artículo 222.3 de la misma Ley se dice ...que en las sentencias sobre incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.*

El artículo 1-5 de la Ley del Registro Civil establece ...*que se inscribirán las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas* y en el artículo 46 de la misma Ley se nos dice ...*las modificaciones judiciales de la capacidad... se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento.* El Reglamento del Registro Civil en su artículo 177 señala ...*que la inscripción de incapacitación expresará la extensión y límites de ésta, así como si el incapacitado queda sujeto a tutela o curatela, según la resolución judicial.*

Otro problema que deberá resolver el médico responsable de la asistencia, es determinar el grado de capacidad del paciente incapacitado para comprender la información. Para Simón Lorda<sup>(13)</sup> el problema no radica tanto en determinar los criterios para medir la capacidad de una persona -reducidos al entendimiento y a la voluntad- cuando en determinar "cuándo se establecen en grado adecuado (estándares) y cómo se miden (protocolos), esto es, la fijación de estándares y protocolos para evaluar el entendimiento y la voluntad. A falta de ellos, la evaluación de la capacidad se remite al criterio del médico que presta la asistencia. Si que existe un cierto consenso en que uno de los criterios de capacidad se identifica con la aptitud del paciente "para recibir, comprender y procesar racionalmente la información, tomar una decisión y comunicarla adecuadamente". Sin olvidarse de examinar lo que recoge la sentencia en cuanto a la extensión y límites de la incapacidad, ya que no es lo mismo que la sentencia someta al incapaz a tutela o curatela. Toda vez que el tutor es el único que ostenta la representación del incapaz, salvo para aquellos casos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación a tenor de lo preceptuado en el artículo 267 del Código Civil. A diferencia del curador, el cual según establece el artículo 289 del Código Civil ...*asiste al incapaz en aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que lo haya establecido.*

Otro supuesto con el que puede encontrarse el facultativo en un menor de edad declarado incapaz, como no podía ser de otro modo, en virtud de sentencia. Ya que la ley permite su incapacitación, siendo menores de edad, en aquellos casos en que la causa de incapacitación va a subsistir en el futuro. Así en el artículo 171 del Código Civil se dice ...*la patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar a la mayor de edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad.* De ahí que otro de los supuestos con los que el médico puede encontrarse, en el de una patria potestad prorrogada o rehabilitada.

c) **Cando o paciente menor de idade non sexa capaz intelectual ni emocional de comprender o alcance da intervención, neste caso, o consentimento darao o representante legal do menor despois de escoitar a súa opinión se ten doce anos cumpridos. Cando se trate de menores non incapacitados, pero emancipados ou con dezaseis anos cumpridos, no cabe prestar o consentimento por substitución. Porén, no caso de actuación de grave risco, segundo o criterio do facultativo, os pais serán informados e a súa opinión será tida en conta para a toma da decisión correspondente.**

El anterior apartado es una copia literal del texto recogido en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente. La redacción dada en origen por nuestra Ley a éste apartado presentaba notables deficiencias que a día de hoy han sido en gran parte subsanadas. Así se nos decía que cuando el paciente sea menor de edad el derecho corresponde a su padre, madre o representante legal, lo anterior no dejaba de ser un tanto impreciso ya que en principio el derecho corresponde a sus progenitores, tanto al padre como a la madre, ya que con independencia de que uno de ellos ostente la guardia y custodia, si ninguno de ellos fue suspendido del ejercicio de la patria potestad sobre el hijo, el derecho corresponde a ambos y a falta de éstos a su representante legal. En el texto actual comienza el legislador tan sólo hablando del representante legal, para finalizar en el último párrafo de ésta apartado hablando de los padres ...*no caso de actuación de grave risco...os pais serán informados.*

Se introduce la edad de 12 años, a partir de la cual se deberá escuchar la opinión del menor. Con independencia de que el legislador haya tenido que poner un límite en el cual se declare la mayoría de edad y se atribuye la capacidad plena, constatándose un adelanto cada vez mayor de ese momento ya que en el primer Código Civil se fijó en 23 años, siendo rebajado a 21 años por la Ley 13 de diciembre de 1943 y a 18 años en virtud del Decreto Ley de 16 de diciembre de 1978. Nos dice Romeo Malanda<sup>(14)</sup>, que tras las reformas del Código Civil de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981 y de 24 de octubre de 1983 no cabe duda alguna que el menor en la actualidad no puede ser llamado o considerado como incapaz. Ya que aunque la capacidad de obrar de los menores esté ciertamente limitada, no debe obviarse que existen múltiples disposiciones legales en las que se admite y reconoce la posibilidad de actuación del menor. Así el mayor de 12 años habrá de consentir la adopción en presencia del Juez, a tenor de lo preceptuado en el artículo 177 del Código Civil, deberá también ser oído antes de autorizar actos de tutor sometidos a control judicial tal y como establece el artículo 273 del anterior texto legal y sin olvidar que si los padres viven separados y no decidieren de mutuo acuerdo al cuidado de que progenitor quedarán los hijos menores de edad, el Juez decidirá si bien deberá oír previamente a los hijo mayores de 12 años (artículo 159 de C.C.). De ahí que nuestro legislador hubiese optado en la nueva redacción, al igual que ya había hecho con anterioridad el legislador estatal, por otorgar dis-

tintos apartados a los menores y a los incapaces dentro del mismo artículo.

Por lo que se refiere a los menores de dieciséis años, el Derecho inglés dispone que deberán consentir el tratamiento cuando a juicio del facultativo, puedan comprender la finalidad, naturaleza y riesgo de la intervención o tratamiento. A tales efectos, existe algún supuesto en que los Tribunales Británicos han admitido el consentimiento de un menor de dieciséis años a un tratamiento anticonceptivo, no siendo preciso ni informar, ni, menos aún solicitar la autorización de los padres, ya que el menor comprendía la naturaleza del mismo. Así la sentencia de la Cámara de los Lores en el caso Gillick contra el hospital de West Norfolk, el área de salud de Widsleck y el Departamento de Salud, del año 1986. A partir de esta importante resolución judicial se ha instaurado en la jurisprudencia inglesa la figura del " Gillick competent" para hacer referencia al menor que posee suficiente madurez de inteligencia para entender por completo el tratamiento propuesto, tal menor tendría capacidad para autorizar personalmente el tratamiento<sup>(15)</sup>. En Estados Unidos se reguló el derecho a decidir de los menores, en esta materia, de forma análoga a la inglesa. Dinamarca y Noruega reconocen a los mayores de quince años el derecho a consentir el tratamiento.

En los menores emancipados o con dieciséis años cumplidos no cabe prestar el consentimiento por substitución. Uno de los supuestos con los que puede encontrarse el médico es el de un menor con 14 años que está casado, dicho menor por el hecho de estar casado se encuentra emancipado tal y como establece los artículos 314.2º y 361 del C.C. Ya que aunque el Código Civil nos dice en su artículo 46.1º que los menores no emancipados no pueden contraer matrimonio, en su artículo 48 faculta al Juez para dispensar el impedimento de edad a partir de los catorce años, debiendo ser oído el menor y sus padres o guardadores. Si bien la opinión de los padres no vincula al Juez a la hora de otorgar la dispensa. Hemos querido destacar el anterior supuesto, ya que los otros supuestos en los que la emancipación tiene lugar bien sea por concesión de los que ejercen la patria potestad o por concesión judicial requieren que el menor tenga 16 años cumplidos.

En Inglaterra, la Ley de Reforma sobre Derecho de Familia (Family Law Reform) sitúa el menor maduro en los dieciséis años cumplidos como principio general. Por la tanto, en Inglaterra es válido el consentimiento al tratamiento otorgado por un mayor de dieciséis años, sin necesidad de que concurra el consentimiento de los padres. No es mero derecho a ser oído, sino algo más; el derecho a decidir sobre el tratamiento.

Nos dice Domínguez Luelmo<sup>(16)</sup> que el criterio del legislador español en esta materia, es que los menores no emancipados con dieciséis años cumplidos tengan el mismo tratamiento que los emancipados. Con ello en su opinión se ha pretendido que el médico tenga datos objetivos (la edad), en vez de valorar la madurez del menor muy cercano a

la mayoría de edad en cada caso concreto, dotando así al sistema de mayor seguridad jurídica. Fraga Mandián<sup>(17)</sup> se muestra crítico con el tratamiento dado ya que considera que si bien no cabe descartar el criterio cronológico no debería aplicarse de manera automática, pues el Código Civil así lo quiere al no determinar la capacidad para realizar actos relativos a derechos de la personalidad a una determinada edad, como efectúa en otros aspectos de relevancia jurídica.

Nos detendremos aquí pero seguiremos analizando las diferentes modificaciones realizadas en nuestra Ley autonómica para adaptarla a la normativa estatal.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Lamas Meilán M.M. Comentarios a la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes en la Comunidad Autónoma de Galicia III. *Cadernos de Atención Primaria*, 2002, 9: 171-176
2. Terribus i Sala, N. Las voluntades anticipadas y su problemática en la aplicación práctica. En *Salud Pública y Derecho Administrativo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004: 267-285.
3. Sánchez Caro, J; Abellan, F. Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historias clínicas, intimidad e instrucciones previas. Granada: Comares, 2003.
4. [www.institutodebioetica.org/revista/requero](http://www.institutodebioetica.org/revista/requero) El testamento vital y las voluntades anticipadas aproximación al ordenamiento español.
5. López Sánchez, C. Testamento vital y voluntades anticipadas, conforme a la Ley 41/02 de 14 de noviembre. Madrid: Dykinson, 2003.
6. Romero Malanda, S. Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/02, de 14 de noviembre, sobre derecho de los pacientes. *La Ley*, 2003; 1: 1 a 7.
7. [www.msc.es/disenos/](http://www.msc.es/disenos/)
8. Francisco Batle, X. El otorgamiento de voluntades anticipadas, cuestiones prácticas. En VIII Congreso de Derecho Sanitario. Madrid, 18, 19 y 20 de octubre de 2001. Asociación Española de Derecho Sanitario.
9. Gómez Pavón, P. Tratamientos Médicos: su responsabilidad penal y civil. Barcelona: Bosch, 1997.
10. Abel Llunch, X. El derecho de información sanitaria. *La Ley* 2003; 1: 8 a 15.
11. Fraga Mandián, A; Lamas Meilán, M.M. El consentimiento informado (el consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica). Pontevedra: Revista Xurídica Galega, 1999.
12. Lamas Meilán M.M. Comentarios a la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes en la Comunidad Autónoma de Galicia III. *Cadernos de Atención Primaria*, 2002, 9: 171-176.
13. Simón Lorda, P; Rodríguez Salvador, J; Martínez Maroto, A; Lópezisa, R; Júdez Gutiérrez, J. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones. *Medicina Clínica*, 2001; 11: 421 a 434.
14. Romero Malanda, S. El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario. *La Ley* 2000; 5: 185.
15. Oates, L. The courts' role in decisions about medical treatment (Editorial) *BMJ* 2000.
16. Domínguez Luelmo, A. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid: Lex Nova, 2003.
17. Lamas Meilán M.M. Comentarios a la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes en la Comunidad Autónoma de Galicia III. *Cadernos de Atención Primaria*, 2002, 9: 171-176.