

EL DERECHO DE AUTONOMIA DEL PACIENTE MENOR:
VIRTUALIDAD DE LA MEDIACION EN CONFLICTOS
SANITARIOS CON MENORES

MINORS' RIGHT TO SELF-DETERMINATION IN MEDICAL
DECISION MAKING: VIRTUALITY OF MEDIATION IN HEALTH
FAMILY CONFLICTS

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 222-239



Raquel
LUQUIN
BERGARECHE

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de febrero de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 20 de febrero de 2016

RESUMEN: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre reconoce el derecho a la autonomía del paciente en el ámbito sanitario, configurado como un derecho subjetivo en el marco de los derechos de la personalidad. Recientemente, las Leyes Orgánica 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015 de 28 de julio han introducido importantes reformas en la consideración de la madurez de los menores para decidir determinadas actuaciones que afectan a su persona, confiriendo a sus progenitores la facultad de consentir intervenciones sanitarias que puedan suponer grave riesgo para su vida o salud. Regulación ésta que plantea ciertos interrogantes a la hora de ofrecer soluciones a ciertos conflictos familiares y sanitarios que se plantean en la práctica, algunos de los cuales encuentran en la mediación privada, regulada por Ley 5/2012, de 6 de julio, una metodología más eficiente que los métodos heterocompositivos clásicos.

PALABRAS CLAVE:Autonomía del paciente menor. Conflicto sanitario. Mediación.

ABSTRACT: Law 41/2002, of 14 November recognizes the right to self-determination as a subjective right of personality. Recently in Spain laws carried out important reforms concerning to children process of maturity, because their parents are those who must consent medical treatments when were involved serious risk to life or health, but in any case listening and taking into consideration children's opinion. This regulation raises various questions and many conflicts which will be managed better through mediation process regulated by Law 5/2012. Mediation, as an A.D.R, allows to explore interests, needs and expectatives through a communication process managed by a professional mediator. This approach makes it possible to reach agreements and maintaining relationships saving emotional, temporary and economic costs.

KEY WORDS: Children's rights to self-determination. Sanitary conflict. Mediation.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. TRANSFORMACIONES NORMATIVAS EN EL ÁMBITO DE LA SALUD: DEL PROTECCIONISMO ASISTENCIAL A LA AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD.- II. CONFLICTOS SANITARIOS: ¿ES LA MEDIACIÓN UNA METODOLOGÍA EFECTIVA DE GESTIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO? I. La conflictividad en el ámbito sanitario: algunos supuestos.- 2. La metodología de la mediación: concepto, límites y ventajas en el ámbito de los conflictos sanitarios.- III. EL PROCESO DE MEDIACIÓN EN EL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE MENOR.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. TRANSFORMACIONES NORMATIVAS EN EL AMBITO DE LA SALUD: DEL PROTECCIONISMO ASISTENCIAL A LA AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD.

En las últimas décadas, los juristas estamos asistiendo a hondas transformaciones en la evolución de conceptos jurídicos como la salud (art. 43 CE) y al nacimiento de otros como el de la autonomía o autodeterminación del paciente. Prerrogativa jurídica esta última que está reconocida por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre y configurada desde instancias jurisprudenciales como un derecho subjetivo del que es titular todo paciente cuando se trata consentir, o no hacerlo, tras la correspondiente información asistencial, cualquier intervención profesional referente a su salud.

Es patente ya el cambio de actitud que se observa en los mismos pacientes, cada vez más responsables y conscientes de sus derechos, que marca un tránsito desde la óptica asistencial-proteccionista a otra que erige a la persona-paciente en sujeto soberano de decisión en lo que respecta a las intervenciones sobre su vida y salud así como a su proceso de muerte.

• Raquel Luquin Bergareche

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil de la Universidad Pública de Navarra (acreditada Titular de Universidad) y Vicedecana de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (2004) con la calificación de Sobresaliente "cum laude" por unanimidad. Licenciada y Máster en Ciencias Políticas y Sociología por la UNED (2003) y graduada en Mediación Empresarial por el IE Business School (2014). Directora del Curso de Especialización en Negociación y Mediación de la UPNA, forma parte de los cuadros docentes del Máster en Derecho Privado Patrimonial de la Universidad de Salamanca, del Máster de Acceso a la Abogacía de la UPNA y del Programa Doctoral de la Università Ca' Foscari de Venecia (Italia).

Autora de cuatro publicaciones monográficas y de numerosos artículos doctrinales y participaciones en obras colectivas en materia de Derecho privado y ADRs, ha participado en proyectos de investigación relativos al Derecho de Familia y Sucesiones y Derecho de Obligaciones y Contratos (en particular, el crédito al consumo), con ponencias y comunicaciones en Congresos y Seminarios nacionales e internacionales, realizando estancias investigadoras y de docencia en la UNNE (Argentina), Universidad de Coimbra, UNIDROIT (Roma), Universidad Católica de Milán y Universidad Ca' Foscari (Venecia). E-mail: raquel.luquin@unavarra.es.

Por otra parte, nuestro ordenamiento jurídico avanza hacia el reconocimiento de la madurez intelectual y emocional del menor de edad pero mayor de 16 años (es decir, entre 16 y 18 años) como criterio de atribución de la capacidad de obrar en orden a la realización de actos de trascendencia tales como contraer matrimonio o prestar su consentimiento a la realización de intervenciones médicas sobre su salud. Nos encontramos, no hay duda, en el ámbito de los derechos de la personalidad, aunque sean muchas y muy diversas las disciplinas y enfoques (jurídico, ético, médico-sanitario, etc.) que se proyectan sobre esta materia.

Los principios en que se asienta esta nueva concepción de la autonomía personal en el ámbito de la salud en la Ley 41/2002, de 14 noviembre son¹, además de la dignidad de la persona humana y el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad (lo que entronca con los derechos garantizados en los arts. 10 y 18 CE) el derecho al consentimiento previamente informado² como conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades y después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud (ya sea realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación), así como el derecho del paciente o usuario a negarse a un tratamiento o actuación médica³, excepto en los casos determinados en la ley (art. 9.2 LAP).

- 1 Según el art. 2 ("Principios básicos") de la 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, que aplica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina) suscrito el día 4 de abril de 1997 y vigente en nuestro país desde el 1 de enero de 2000:
"1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.
2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.
3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito. (...)".
- 2 Según el art. 5.1 de la LAP "el titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita". El paciente "será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal" (art. 5.2) Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico "la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho" (art. 5.3). Sólo cuando el paciente ha sido informado puede hablarse de la prestación de un consentimiento informado y libre a las intervenciones sanitarias en el ámbito de su salud. Así, el art. 8.1 de la LAP dispone que "Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso".
- 3 "La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmen- te, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención" (art. 9.1 LAP)

El derecho de los pacientes a la información asistencial comprende el de conocer, con ocasión de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, así como su derecho a no ser informado: “cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención” (art. 9.2 LAP). En cualquier caso, la información debe proporcionarse verbalmente, salvo los supuestos legales (v.gr; intervenciones quirúrgicas), pero dejando constancia de que se ha cumplido esta obligación legal en la historia clínica del paciente (lo cual es trascendental a efectos probatorios) y comprende, como mínimo, la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias⁴. La ley (básica) estatal en España deja claro que esta información debe ser verdadera, y debe comunicarse al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, es decir, debe ser individualizada, con el objeto de que éste pueda tomar las decisiones referentes a su salud de acuerdo con su libre y propia voluntad. El objetivo de la información es que el paciente pueda decidir de forma consciente y libre sobre las distintas opciones que existan. Muy acertada a nuestro juicio resulta la previsión del núm. 2. del art. 10 LAP relativo a las condiciones de la información y el consentimiento por escrito cuando impone al médico responsable la obligación de “ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

Pues bien: esta regulación sobre la necesidad de información asistencial y de recabar con carácter previo a una intervención sanitaria el consentimiento informado de los pacientes afecta no sólo a personas mayores de edad y plenamente capaces, sino también a los menores y a personas con capacidad modificada, respecto de los cuales pueden plantearse situaciones de enfrentamiento entre las partes que, de no resolverse entre los interesados, pueden originar conflictos jurídicos con trascendencia no sólo sanitaria sino familiar. Conflictos que, a nuestro juicio, pueden ser abordados de forma más eficiente desde una óptica de tipo colaborativo que desde la clásica (la procesal) basada en la confrontación de posiciones demandante-demandado con esquemas rígidos y alto coste económico, temporal y emocional para todas las partes implicadas.

La mediación sanitaria, como metodología de gestión y de resolución de la conflictividad en este ámbito, busca un espacio de encuentro comunicacional entre las partes del conflicto para canalizar el ejercicio de este derecho de la personalidad

4 Establece el art. 10.1 LAP que “el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:
a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
d) Las contraindicaciones”.

que es la libre autodeterminación del paciente y está orientada al análisis de los intereses, necesidades, expectativas y posibilidades legales de actuación de todos los implicados y en el abordaje, por parte de profesionales, de las cuestiones emocionales subyacentes, pues se trata de conflictos sistémicos que frecuentemente implican, más allá de los pacientes directamente afectados, a sus progenitores y otros familiares y a los mismos profesionales e instituciones sanitarias.

II. CONFLICTOS SANITARIOS: ¿ES LA MEDIACIÓN UNA METODOLOGÍA EFECTIVA DE GESTIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO?

I. La conflictividad en el ámbito sanitario: algunos supuestos.

Las relaciones humanas que se desenvuelven en el ámbito sanitario no son ajenas al surgimiento de múltiples conflictos⁵, algunos de ellos con trascendencia jurídica. De tanto en el ámbito de la sanidad pública como en el de la privada son múltiples los conflictos que surgen entre médicos y pacientes, entre médicos y familiares de enfermos que no se encuentran en condiciones de prestar consentimiento a una intervención, o entre profesionales o distintas unidades organizativas de un centro de salud u hospitalario, los cuales pueden ser abordados recurriendo a los procedimientos administrativos sancionadores o a los procesos penales o civiles de responsabilidad civil (contractual o extracontractual) o bien a través de metodologías ADR como la mediación transformativa⁶. Sin ánimo de exhaustividad, podemos enumerar los siguientes supuestos de conflictividad en el ámbito de las relaciones sanitarias:

- 5 Un conflicto surge cuando hay una real o aparente incompatibilidad de intereses entre dos o más personas o sistemas humanos. Pese a su carga semántica peyorativa en nuestro entorno, el conflicto no puede considerarse un fenómeno negativo, sino que es un hecho inherente a la sociabilidad humana, hasta el punto de poderse afirmar que allí donde hay personas en relación hay conflicto: la ausencia de conflicto no sólo no constituye un indicador positivo de la salud de una organización sistémica, sino que puede llegar a ser disfuncional porque sin conflicto una organización (familiar, social, política, empresarial, etc.) no evoluciona y esta inercia o ausencia de cambio puede conducir a su estancamiento e incluso a su extinción.
- 6 A diferencia de la metodología clásica de la mediación privada, basada en el método Harvard y especialmente adecuado para la gestión y resolución de conflictos empresariales y de naturaleza patrimonial, el denominado modelo transformativo de BUSH y FOLGER parte de los nuevos modelos comunicacionales, prestando mucha atención al aspecto relacional de las controversias. Incorporando elementos de la terapia familiar sistémica, la causalidad es entendida de forma circular: los nuevos paradigmas referentes a la relatividad de la producción causal, según los cuales un mismo resultado puede haber sido originado por causas diferentes están incorporados a este modelo de intervención, que resulta idóneo en conflictos familiares de naturaleza personal y conflictos sanitarios, entre otros. El profesional de la mediación que se sirve de este modelo trabaja fundamentalmente para lograr el reconocimiento de las partes implicadas en el conflicto (*recognition*) como parte del conflicto mismo, es decir, el reconocimiento del co-protagonismo del otro, y por otra parte, el aumento de poder (*empowerment*), es decir, la potenciación de la capacidad del sujeto que le permite erigirse en protagonista de su vida y responsable de sus acciones. Para lograr estos fines se utilizan profusamente las preguntas circulares. La meta del proceso de mediación, bastante intervencionista a diferencia de la escuela clásica, es modificar la relación existente entre las partes, no siendo imprescindible la consecución de un acuerdo total, aunque sea lo deseable. Los partidarios de esta vía no están centrados en la resolución de un conflicto a través del acuerdo sino, ante todo, en la gestión del mismo a través de un trabajo de transformación relacional, por lo que la intervención de profesionales procedentes del campo de la psicología y el trabajo social se considera fundamental como parte del equipo de mediación.

- a. Conflictos por negligencia o mala praxis de los profesionales sanitarios (incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la *lex artis ad hoc* o del deber de información asistencial que está en la base del consentimiento informado): reclamaciones indemnizatorias, reclamaciones disciplinarias y reclamaciones por defectuosa información al paciente;
- b. Conflictos con entidades aseguradoras: en especial, derivados de daños que dan lugar a la posibilidad de ejercitar la acción directa derivada del art. 76 Ley de Contrato Seguro y acciones de regreso;
- c. Conflictos entre médicos y familiares o personas vinculadas al paciente, en relación con enfermos terminales, en cuanto a las decisiones a tomar en el final de la vida;
- d. Conflictos de interpretación de las voluntades anticipadas expresadas en un documento de instrucciones previas o "testamento vital";
- e. Conflictos entre profesionales sanitarios y familiares del paciente dependiente o en situación terminal relativos a decisiones de hospitalización en centros especializados o atención en el domicilio del enfermo y circunstancias de los mismos (adaptación del domicilio, asistencia especializada domiciliaria, visitas, etc.);
- f. Conflictos de relación entre el paciente y sus familiares en lo que se refiere a la adopción de decisiones que afectan a su salud, especialmente relevante en el caso de segunda opinión facultativa, y conflictos atinentes a pacientes mayores de dieciséis años y personas en situación de dependencia;
- g. Conflictos familiares con ocasión de la enfermedad y proceso de agonía y muerte de las personas;
- h. Conflictos por defectos o déficit de comunicación entre el personal médico y sanitario;
- i. Conflictos éticos y deontológicos en el ámbito sanitario relativos a desajustes entre las creencias y valores de los profesionales médicos y los imperativos normativos;
- j. Conflictos interculturales que afectan a personas inmigrantes con diferentes creencias religiosas, sistemas axiológicos, idiosincrasia y modos de vida;
- k. Conflictos sobre reclamaciones y contingencias de ensayos clínicos y por responsabilidad civil de medicamentos y productos farmacéuticos.

2. La metodología de la mediación: concepto, límites y ventajas en el ámbito de los conflictos sanitarios.

Por múltiples factores, en nuestro país es el ámbito de la sanidad pública el que se presenta como terreno especialmente abonado para el surgimiento de conflictos de diversa índole afectantes tanto a individuos como a las mismas administraciones públicas: además de los conflictos por defectuosa prestación de la asistencia sanitaria pública, son muy frecuentes los derivados de la praxis médica (incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la *lex artis*), de daños causados a pacientes por intervenciones de los profesionales de la sanidad, conflictos relacionados con la documentación clínica y en particular con el otorgamiento o falta de otorgamiento del consentimiento informado (art. 4 de la Ley 4/2002 –básica- reguladora de la autonomía del paciente), conflictos internos entre unidades funcionales (médicos y enfermeros) o entre niveles jerárquicos o unidades diferentes en centros, unidades y organizaciones sanitarias, etc.

Pues bien, frente a las vías de resolución clásicas (el proceso judicial, si no se consigue un acuerdo negociado) la mediación, como vía autocompositiva de gestión de conflictos (ADR o *alternative dispute resolution*) se presenta como un método estructurado (en cuanto sigue ciertos criterios propios de planificación estratégica) pero a la vez informal (en cuanto no se fundamenta en principios de preclusión, como los procedimientos administrativos o el proceso judicial), el cual se basa en la intervención de un tercero imparcial y neutral facilitador del diálogo y de la búsqueda de opciones viables satisfactorias para las partes implicadas en los mismos⁷. En él se ponen en juego pautas cooperativas (suma positiva o estrategia “ganar-ganar”) como metodología que se ha demostrado en algunos supuestos más eficiente a la hora de resolver disputas privadas que la basada en dinámicas posicionales competitivas⁸ (dinámica vencedor-vencido, en la que es necesario que uno de los contendientes pierda para que el otro gane).

7 LUQUIN BERGARECHE, R.: *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson Civitas, 2007; “Acerca de la necesidad de una ley estatal de mediación familiar en España”, *Revista Jurisprudencia TSJ, AP y otros Tribunales*, Thomson Aranzadi núm. 3, junio 2006; “Alternativas a la judicialización de conflictos: la mediación. Síntesis y valoraciones sistematizadas al cuestionario presentado a los participantes en la experiencia piloto de mediación intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial”, *Estudios de Derecho Judicial*. Centro de Documentación Judicial del CGPJ, 2006, pp. 283 a 413; “La mediación civil y penal. Un año de experiencia. Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: algunos factores de eficacia de la mediación en conflictos familiares”, *Estudios de Derecho Judicial* 2007; pp. 13 a 63; “Los Puntos de Encuentro Familiar como garantía del interés del menor en el ejercicio del *ius vistanti*”, *Revista Actualidad Civil Aranzadi* núm.3, Pamplona, 2012.

8 FISHER, R., URY, W.: *Getting To Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Houghton Mifflin, Boston, 1981, pp. 40 a 56.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que ni todos los conflictos son mediables⁹ ni en todos ellos es aconsejable la intervención de un profesional de la mediación: tampoco en el ámbito sanitario. Pero si bien esto es cierto, no lo es menos que esta nueva metodología está demostrando su operatividad práctica en nuevos campos de actuación¹⁰, más allá de los conflictos familiares y empresariales. El de los conflictos sanitarios es uno de estos ámbitos que implican frecuentemente a distintas partes (pacientes, profesionales de la salud, familiares, ...), integrantes a su vez de organizaciones de diversa naturaleza (las organizaciones sanitarias públicas o privadas y las familias), siendo controversias en las que subyace un importante componente emocional (además de otros factores de naturaleza jurídica, económica o técnica) amén de una complejidad sistémica que los hace especialmente idóneos a esta vía de intervención. Así ocurre cuando el ejercicio del derecho de autonomía que deriva de la facultad de autodeterminación del paciente genere controversias familiares: como cuando, v.gr, a criterio del médico responsable, el menor de dieciséis años posea, pese de su edad biológica, un grado suficiente de madurez intelectual y emocional en orden a la adopción de una decisión afectante a su salud pero sus progenitores se opongan a dicha opinión facultativa¹¹. O cuando, respecto del paciente mayor de dieciséis años (y tras haber sido escuchado), se pretenda adoptar por sus progenitores, en el caso de tratarse de una intervención que conlleve un grave riesgo para su salud, una decisión que resulte contraria a su voluntad manifestada.

La mediación en conflictos privados está hoy regulada a nivel estatal en España por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles: las partes exploran por sí mismas con ayuda del mediador/a las opciones de resolución del conflicto a fin de llegar a una solución acordada, que en su caso plasman por escrito (pacto de mediación), acuerdo jurídico privado que está dotado de

9 Un conflicto es mediable si afecta a derechos de carácter disponible para las partes, no en caso contrario, o cuando la asimetría de poder entre las partes es tan profunda que impide la igualdad de poder negociador. En el ámbito sanitario no son susceptibles de mediación aquellos conflictos en los que estén en juego potestades o derechos de carácter imperativo o necesario, o normas jurídicas de *ius cogens*, o cuando deba entrar en juego el *ius puniendi* del Estado por infringirse por parte de pacientes, usuarios, profesionales de la sanidad u otros agentes del sistema sanitario alguna norma tipificada como delito o falta y no ser posible la mediación penal. Igualmente, la actual normativa estatal de mediación se aplica a conflictos de naturaleza privada (sí lo serían los suscitados entre un médico y su paciente cuando media un contrato de servicios), no así a los de naturaleza pública, que aún carecen de normativa reguladora tanto en lo que se refiere a sus principios, estatus del mediador y procedimiento aplicable.

10 SOLETO MUÑOZ, H.: *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2011, pp. 16 a 568.

11 La letra a) del art. 9.3 LAP dispone que "se otorgará el consentimiento por representación a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación (...)". Como se advierte se otorga una importante responsabilidad de valoración de capacidad del menor al médico responsable en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Dado que no está clara la línea que separa la incapacidad o capacidad para consentir de los menores en función de su grado de madurez (emocional, cognitiva, etc...), la doctrina ha creado la denominada "doctrina del menor maduro" ("*Mature Minor Doctrine*") que obliga a considerar circunstancias y criterios como la existencia o inexistencia de protocolos médicos de actuación, el beneficio para el menor o el escaso riesgo derivado de la intervención a la hora de decidir quién debe consentir en cada caso (el menor o sus representantes legales). HICKEY, K.: "Minors' Rights in Medical Decision Making", *Jona's Healthcare Law, Ethics, and Regulation*, V. 9, n° 3, 2007, p. 102.

fuerza vinculante en todo caso (con la misma eficacia *inter partes* que cualquier contrato privado) y de eficacia ejecutiva en el caso de ser elevado, como prevé la ley, a escritura pública notarial. Tanto las intervenciones mediadoras informales¹² como las formales practicadas a través de un proceso estructurado de mediación constituyen una vía colaborativa (no competitiva) y autocompositiva de gestionar conflictos (frente a las heterocompositivas clásicas, como el proceso judicial o el arbitraje), basada en un enfoque que parte de la necesidad de desarrollar estrategias de exploración de los intereses, expectativas y necesidades reales de las partes implicadas en un conflicto, a la vez que trabajar las emociones subyacentes. Todo ello con el fin de superar el enfoque tradicional en el que lo que uno gana-otro pierde que, en campos como éste, se muestra inoperativo y altamente ineficiente por centrarse en rígidas “posiciones” aparentemente incompatibles: se trata de avanzar hacia otra perspectiva negociadora que trata de lograr la acomodación, no de alternativas posicionales, sino de opciones mutuamente aceptadas como viables y realistas por las partes, todo ello a través de un proceso comunicacional de tipo transformativo dirigido por un mediador profesional¹³.

Debemos tener en cuenta que, en el ámbito sanitario, el conflicto entre médico y paciente y el que se suscita entre familia y paciente menor o incapaz de consentir (y aún los pacientes mayores en algunos casos¹⁴), presenta ciertas especificidades innegables: la trascendencia de los bienes jurídicos implicados (“salud”, “integridad física”, “vida”); la relevancia del componente emocional en los procesos terapéuticos y en la muerte; el alto nivel de especialización y de interdependencia de los profesionales de la sanidad; la frecuente presencia del factor fortuito (el impredecible curso causal de los acontecimientos en los procesos naturales) en la producción de efectos sobre la salud y la enfermedad humanas, que escapan de la relación de causalidad lineal. Igualmente, la complejidad creciente de las actuales organizaciones

12 La mediación formal es la que se desarrolla entre las partes bajo la dirección de un profesional de la mediación en el seno de un proceso de gestión alternativo para la resolución de los conflictos mediables. La mediación *informal* es aquella intervención regida por técnicas mediadoras (escucha activa empática, connotación positiva, re-encuadre, parafraseo, circularidad, utilizada por gerentes, jefes de equipo y consultores de organizaciones, que no se atiene a patrones establecidos, ni a la rigurosidad de normas y procedimientos de intervención. NOVEL MARTÍ, G.: “Los Programas Educativos en la resolución de conflictos en el ámbito sanitario. Propuestas de un modelo”. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, UCM, 2008, pp. 16-45.

13 Del mismo modo que ocurre en el campo de las relaciones jurídicas familiares, el proceso judicial clásico no siempre consigue en este ámbito un resultado óptimo para ambas partes del conflicto, dada la trascendencia de juicios y factores médicos de carácter técnico y especializado que escapan al razonamiento jurídico y de un fuerte componente emocional en las partes que no se aborda desde la perspectiva legalista propia de la función jurisdiccional de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

Allá donde el Derecho, a través del proceso judicial, no consigue dar satisfacción a las necesidades sociales o no lo hace de manera idónea o eficiente, deben tenerse en cuenta otros criterios e implementarse otras vías de resolución más acordes con la realidad social y con la naturaleza de los conflictos que ésta genera en cada momento. En muchos casos en el ámbito sanitario, esta vía es la mediación, que muestra una doble vertiente de eficacia: preventiva (*eficacia ex ante*) del ejercicio de la llamada medicina defensiva por parte de profesionales de la sanidad, y reparadora de los daños y perjuicios causados (*eficacia ex post*).

14 GODOY MAGDALENO, A. I., MALLA MORA, R., ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., y BLANCO, S.: “Los programas de gestión de conflictos como garantía de una asistencia de calidad en el sector sociosanitario”. *Revista de Servicios Sociales Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria*, nº 48, 2010, pp. 25-32.

sanitarias unida a la especialización e interdependencia funcional que son propias de este sector; multiplican exponencialmente la conflictividad en este campo¹⁵.

Por otra parte, máxime en contextos críticos como los actuales, la mediación halla en razones económico-monetarias gran parte de su potencial como ADR (*alternative dispute resolution*)¹⁶ frente a las vías clásicas de gestión y resolución de conflictos: el sanitario constituye un extenso mercado que mueve ingentes cantidades de dinero, circunstancia que hace especialmente útil la implantación de sistemas extrajudiciales de resolución de la conflictividad mucho más baratos, ágiles y que permiten a las partes mantener en todo el momento el control último de sus decisiones¹⁷.

III. EL PROCESO DE MEDIACIÓN TRANSFORMATIVA EN EL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACION DEL PACIENTE MENOR.

El art. 8 de la vigente ley española reguladora de la autonomía del paciente regula el consentimiento informado en el ámbito sanitario disponiendo que “1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”. Consentimiento que debe prestarse lógicamente, y como regla general, el mismo paciente. No cabe prestar este consentimiento por representación, en principio, cuando se trate de menores emancipados o mayores de dieciséis años que no se encuentren en los supuestos b) y c) de la norma (art. 9.4). En cambio, si es menor de esta edad, deberá comprobarse si es “capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”: si, a criterio del médico responsable, se llega a la conclusión afirmativa, corresponderá (también en principio y como regla general), al menor “maduro” la facultad de otorgar dicho consentimiento. Un supuesto práctico de conflicto sanitario en el que demuestra de forma evidente la virtualidad de la mediación al conferirse especial protagonismo al diálogo comunicacional profundo entre los implicados es el del otorgamiento del consentimiento del paciente menor de edad. La vigente norma jurídica¹⁸ prevé los siguientes supuestos:

15 LUQUIN BERGARECHE, R.: “Los conflictos sanitarios: hacia un nuevo ámbito de la Mediación”, en AA.VV.: *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario* (dir. ALENZA GARCÍA, J.F./ARCOS VIEIRA, M.L.), Aranzadi, 2013, pp. 611-628.

16 CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: “Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico-positivas y posibilidades de futuro”. Ponencia en el I Congreso Internacional de Resolución Alternativa de Disputas Civiles y Mercantiles, Universidad de Cantabria e Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos, 18 de septiembre de 2009.

17 CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. *ob. cit.*, p. 284.

18 Núm. 3 del art. 9 LAP, en la nueva redacción procedente de la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (B.O.E» 29 julio), vigente desde el 18 agosto de 2015.

a. Que “(el paciente) no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación”: caso en el que, si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán “las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”;

b. Que el paciente menor de edad “no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”¹⁹, en cuyo caso el consentimiento lo otorgará el representante legal del menor; si bien después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos conforme a lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Se plantean tras la reforma legal varios interrogantes: en primer lugar: ¿puede un menor prestar el consentimiento al tratamiento médico si tiene suficiente capacidad natural? Debemos tener en cuenta en este sentido que, de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil español, exceptúan de la representación legal los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo o hija de acuerdo con su madurez pueda ejercitar por sí mismo. No obstante lo cual, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia (art. 162.1º CC). En virtud de esta previsión normativa: ¿puede considerarse al menor como sujeto intelectual y emocionalmente capaz de comprender el alcance de la intervención médica que se le practique cuando se trata de la prestación del consentimiento a una intervención sobre su salud? Está clara la respuesta cuando de menores de corta edad se trata, pero no resultará fácil para el médico responsable decidir con base a qué criterios debe valorar y ponderar en cada caso haber alcanzado o no dicha capacidad o madurez un niño, niña o joven de 14 o 15 años, inmerso en la adolescencia, periodo vital de transición en el que “adolece” naturalmente de falta de plenitud madurativa a nivel tanto emocional como cognitivo.

La Disposición Final Segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia modifica los apartados 3, 4 y 5 y añade los apartados 6 y 7 al art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, disponiéndose ahora que se otorgará el consentimiento por representación (art. 9.3):

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse

¹⁹ Como sabemos, tras las leyes promulgadas en nuestro país en el ámbito de los menores (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia) se sustituye el término “juicio” por el de “madurez”, considerando, en todo caso, que los menores alcanzan ya suficiente madurez a los doce años cumplidos y se concreta el concepto jurídico indeterminado “interés superior del menor”, incorporando, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

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

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

No obstante, cuando se trate de una actuación en el ámbito de la salud que implique grave riesgo para la vida o salud del menor; según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor; si bien una vez “oída y tenida en cuenta la opinión del mismo” (núm. 4 del art. 9 LAP redactado por la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

De este modo, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre en su nueva redacción incorpora en este punto los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. En estos casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos, la decisión, según la normativa vigente, deberá adoptarse “atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente”. Y aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses jurídicos (vida, salud) deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

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

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

Es decir, que tras la modificación de la norma, en los casos en que un menor tenga que decidir sobre una actuación que entrañe grave riesgo para su vida o salud (v.gr; la transfusión de sangre indispensable para la vida), puede considerarse, como regla general, que su autonomía decisoria y, en su caso, su libertad ideológica, religiosa o de conciencia debe “ceder” o posponerse en este caso de conflicto de intereses en favor de su “interés superior”, interpretado en tal supuesto con la protección del derecho a la vida (art. 2.2.a LOPJM). Como dice la doctrina (entre otros, JORQUI²⁰) se trataría de asegurar así las condiciones para que el menor pueda alcanzar la mayoría de edad, y que sea él quien pueda en un futuro adoptar sus propias decisiones y asumir sus consecuencias en plena capacidad (art. 154.I CC).

Sin embargo, un factor de confusión, prontamente discutido por la doctrina, se introduce con el nuevo apdo. 6 del art. 9 de la LAP, según el cual, si la decisión adoptada por el representante legal del paciente menor de edad resultase contraria a la vida o al mayor beneficio del propio paciente, estas decisiones deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o bien a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar dicha autorización, en cuyo caso se traslada a los profesionales sanitarios la adopción de las medidas necesarias de salvaguarda de la vida o salud del paciente amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. Con ello, la norma en su nueva redacción opta por judicializar estos casos, ciertamente extremos y excepcionales, en los que surgen conflictos entre el mantenimiento de la vida (aun cuando quizá ésta, a juicio fundado de los facultativos, no reúna las condiciones de dignidad suficiente para ser merecedora de ser vivida) y el respeto a la decisión de la persona.

Sea cual sea la posición doctrinal que adoptemos respecto de esta delicada cuestión, no cabe duda de que, con carácter general, esta restricción normativa de la autonomía del paciente menor va a conducir en muchos casos al planteamiento de un conflicto familiar y/o sanitario cuando el médico responsable, o los titulares de la patria potestad en su caso cuando éstos sean los competentes según la ley,

20 Según JORQUI, M.: “hay quien ha comparado el autonomismo “fuerte”, que considera que una decisión autónoma es siempre, en tanto autónoma, correcta, con el paternalismo “fuerte” que entiende que la protección de la vida del paciente es siempre, del mismo modo, la decisión correcta. Ambas posiciones se equivocan al otorgar, sin atender a la situación concreta, un “valor absoluto” bien a la autonomía de la persona, bien a su vida (...) Si la vida es un valor jurídico fundamental que en determinados casos puede representar el mejor interés o el interés superior del menor ¿Cómo no someter a tratamiento a éste en cumplimiento, a su vez, de dicho deber de velar por él?. Es decir, Si existen razones objetivamente válidas que nos muestran que la vida no representa su mejor interés o interés superior ¿Cómo justificar la imposición del tratamiento apelando a dicho interés que, a su vez, no se correspondería con dicho deber de velar por él...?”. JORQUI, M.: “Jornadas sobre el Menor”, Universidad Pública de Navarra, noviembre 2015.

hayan adoptado decisiones sobre la salud del menor con las que la otra parte implicada pueda no estar de acuerdo, o simplemente cuando el médico responsable haya considerado que un paciente menor de edad conforme a la ley civil tiene la suficiente capacidad para consentir un acto médico por tener la suficiente madurez y la misma sea cuestionada en el caso concreto.

En estos posibles casos de conflicto sería preferible a nuestro juicio evitar la judicialización en la medida de lo posible y optar por fórmulas flexibles e individualizadas de autocomposición de intereses tendentes al logro de decisiones consensuadas, con vistas al entendimiento mutuo de los puntos de vista de todo orden implicados en el conflicto (éticos, deontológicos, médicos, etc.) entre las partes involucradas (médicos, centro de salud, familia, menores), en orden a mantener y preservar las relaciones familiares²¹. Si a ello se le añade el factor de interculturalidad de nuestras sociedades y el incremento del coste de la atención y prestaciones sanitarias y las situaciones de limitación de recursos personales y materiales, la virtualidad de la mediación como vía autocompositiva de conflictos sanitarios cobra aún mayor protagonismo.

Finalmente, no debe olvidarse que, cuando se trata de conflictos afectantes a aspectos íntimamente relacionados con la esfera personal del individuo, la mediación preserva mejor la intimidad de las partes y el carácter privado de las soluciones adoptadas a través de los principios de confidencialidad, cooperación buena fe, lealtad y antiformalismo que rigen esta metodología, frente a la adversarialidad, contradicción y publicidad que son propias del proceso judicial.

IV. CONCLUSIONES.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia ha introducido importantes reformas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre Básica reguladora de la Autonomía del Paciente en lo que se refiere a la capacidad de los menores de edad para consentir determinadas intervenciones sanitarias sobre su salud. Ello afecta al ejercicio del derecho a la autonomía o derecho de autodeterminación del paciente en el ámbito sanitario cuando éste no ha alcanzado la mayoría de edad, facultad decisoria que, tanto la doctrina como jurisprudencia, han configurado como un derecho subjetivo encuadrado dentro de los denominados derechos de la personalidad.

Según la normativa actualmente vigente, se traslada a los progenitores del menor la facultad de consentir aquellas intervenciones sanitarias que puedan suponer grave

21 Y, sin duda, por los efectos beneficiosos que ello acarrea para los profesionales médicos, a los que la norma atribuye una responsabilidad muy gravosa cuando se trata de valorar la madurez o inmadurez de los menores en muchos casos.

riesgo para su vida o salud, aunque siempre participando aquél “en la medida de lo posible” en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Con ello se trataría de garantizar las condiciones para que el menor pueda alcanzar la mayoría de edad y ser él quien pueda en un futuro adoptar sus propias decisiones y asumir sus consecuencias con plena capacidad. Sin embargo, el nuevo apartado 6 del art. 9 de la LAP introduce un factor de confusión pues, si la decisión adoptada por el representante legal del paciente menor resultase contraria a la vida o al mayor beneficio del propio paciente, estas decisiones deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o bien a través del Ministerio Fiscal para que adopte la resolución correspondiente salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar dicha autorización, en cuyo caso se traslada a los profesionales sanitarios la adopción de las medidas necesarias de salvaguarda de la vida o salud del paciente.

Puede considerarse así que, como regla general, la autonomía decisoria del menor (su derecho de autodeterminación como paciente) y, en su caso, su libertad ideológica, religiosa o de conciencia debe “ceder” en favor de un “interés superior”, que se interpreta de acuerdo con la protección del derecho a la vida, judicializándose los supuestos en los que la decisión del representante legal del paciente menor resultase contraria a la vida o al mayor beneficio del propio paciente.

Esta regulación, y en general el ejercicio del derecho de autonomía del paciente en el ámbito sanitario, plantea numerosos interrogantes y su aplicación va a dar lugar a no pocos conflictos que encuentran en las vías autocompositivas, como la mediación, regulada en nuestro ordenamiento jurídico privado por Ley 5/2012, de 6 de julio, una vía eficiente y más flexible de resolución de conflictos con trascendencia jurídica que permite, a la vez que incrementar la información necesaria en la toma de decisiones, explorar los intereses, expectativas y deseos de las partes implicadas a través de un proceso de comunicación dirigido a alcanzar decisiones consensuadas e informadas y a mejorar las relaciones futuras. Haciéndolo, y en ello radica su idoneidad, con un menor coste emocional y temporal que redundan en beneficio de las personas directa e indirectamente implicadas a la vez que minimiza los costes sociales y económicos en beneficio de los sistemas familiares y estructuras organizacionales en los que se insertan.

BIBLIOGRAFÍA

BUSH, R.A.B. Y FOLGER, J. P.: *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, Granica, Buenos Aires, 1996, pp. 12-16.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J: "Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico-positivas y posibilidades de futuro", I Congreso Internacional de Resolución Alternativa de Disputas Civiles y Mercantiles, Universidad de Cantabria e Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos, 18 de septiembre de 2009.

GARCÍA VILLALUENGA, L: *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006, pp. 42-50;

FISHER, R, URY, W. *Getting To Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Houghton Mifflin, Boston, 1981, pp. 40 a 56.

HICKEY, K. "Minors' Rights in Medical Decision Making", *Jona´s Healthcare Law, Ethics, and Regulation*, V. 9, n° 3, Chicago, 2007, p. 102.

JORQUI AZOFRA, M: "El consentimiento el menor en el ámbito sanitario", ponencia invitada, "XIV Jornadas de Estudio: Menor y Derecho de la Universidad Pública de Navarra", 19 de noviembre de 2015.

LUQUIN BERGARECHE, R.: "Los principios de la Mediación", en VV.AA: *La nueva Ley de Mediación Civil y Mercantil* (Dir. HUALDE, T.), La Ley, 2012; "Los conflictos sanitarios: hacia un nuevo ámbito de la mediación" en AA. VV.: *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, ALENZA GARCÍA, J.F. y ARCOS VIEIRA (Dir.), Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 611 a 628; *Teoría y Práctica de la Mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

GODOY MAGDALENO, A. I., MALLA MORA, R., ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. y BLANCO. s. "Los programas de gestión de conflictos como garantía de una asistencia de calidad en el sector sociosanitario". *Revista de Servicios Sociales Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria*, n° 48, 2010, pp. 25-32.

NOVEL MARTÍ, G.: *Los Programas Educativos en la resolución de conflictos en el ámbito sanitario. Propuestas de un modelo*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, UCM. 2008.

SOLETO MUÑOZ, H.: *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2011.

