

XVIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario

ACTUALIZACIÓN Y PUESTA AL DÍA EN DERECHOS DE INFORMACIÓN Y AUTONOMÍA DE LOS PACIENTES: ESPECIAL REFERENCIA AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Director y Moderador: **Dr. D. Manuel Alfonso Villa Vigil**

La evolución del valor jurídico del consentimiento de los menores de edad. Especial referencia al aborto

Dr. Sergio Romeo Malanda

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
Miembro de la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto,
Universidad del País Vasco.

I. ABORTO Y MINORÍA DE EDAD ANTES DE LA APROBACIÓN DE LA LEY 41/2002

Con anterioridad a la aprobación 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 (en adelante LAP), la legislación no hacía ninguna referencia a la capacidad de los menores de edad en el ámbito biomédico. Sin embargo, ello no fue un obstáculo para que la doctrina elaborara un régimen jurídico general sobre la capacidad de autodeterminación de los menores de edad que otorgaba validez a las sus decisiones, siempre que tuvieran suficiente capacidad de juicio, a salvo de ciertos supuestos excepcionales¹. Esta conclusión se extraía esencialmente de un análisis integrado del art. 162.II.1º CC (más arriba referido), y los apartados 5 y 6 del art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (actualmente derogados).

De esta manera, en relación a las prestaciones relativas a la información en materia de anticoncepción y al suministro de medios anticonceptivos se defendía la aplicación sin restricción alguna del principio de plena capacidad natural de juicio de los menores para solicitar y consentirlo². En cambio, respecto a la decisión de abortar, la doctrina no mantenía una postura unánime.

Cuando se trataba de una menor de edad con suficiente capacidad de juicio, ante la ausencia de otra referencia normativa, debía partirse del art. 417 bis del antiguo Código Penal, artículo aún vigente, pues la interrupción del embarazo sólo está autorizada en los supuestos contemplados en el mismo. Para que su realización esté amparada por la ley se exigen unos requisitos generales y comunes a las diferentes indicaciones: que se practique por un médico o

¹ Vid. ROMEO MALANDA, S.: "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario", *La Ley*, 2000-7, pgs. 1453 y ss.

² Cfr. ROMEO CASABONA, C.M.: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pg. 258.

bajo su dirección, que se lleve a cabo en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado, y que se cuente con el consentimiento expreso e informado de la mujer embarazada.

De acuerdo con este precepto, y con los otros anteriormente mencionados, podía afirmarse que la mujer menor de edad, en la medida en que la decisión de continuar o no el embarazo en los casos de conflicto que integran las indicaciones legales es un acto personalísimo, podía solicitar y consentir eficazmente, sin necesidad de autorización de padres o tutores, en la práctica del aborto si a juicio del facultativo tenía capacidad suficiente para comprender los riesgos y naturaleza de la interrupción del embarazo³, lo que presupone la comprensión de que no sólo se trata de una intervención en su cuerpo, sino también la destrucción de la vida del feto⁴. Así pues, según la doctrina mayoritaria, el consentimiento de la menor con suficiente capacidad de juicio sería determinante frente a la voluntad de sus padres. De acuerdo con esta postura, el médico sólo debía poner en conocimiento de los padres la solicitud de aborto de la menor si así resultare indicado para su mejor atención médica y a ello no se opusiere la menor, pues de otro modo el médico incurriría en ruptura del obligado vínculo de confianza y secreto profesional⁵. Ahora bien, es cierto que también podían encontrarse opiniones diversas que se alejaban de esta postura: para algún autor, la menor no podría consentir el aborto en ningún caso⁶; otros autores mantenían que la capacidad requerida para consentir era la equivalente a la imputabilidad⁷; o se exigía la edad prevista por el ordenamiento jurídico para contraer matrimonio, esto es, los catorce años⁸.

Si, por el contrario, el juicio médico sobre la menor concluyera con una valoración negativa sobre la suficiente capacidad de juicio de la misma, su consentimiento sería inválido e ineficaz y se hacía indispensable la autorización de sus representantes legales, siempre en función del deber que tienen de velar por el bienestar de la mujer que se encuentra bajo su patria potestad o tutela y no en virtud de sus propio intereses o ideologías.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE CON LA APROBACIÓN DE LA LAP (HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 2/2010)

1. Capacidad de las menores de edad para consentir un aborto: panorama general

³ DOLZ LAGO, M.J.: “Menores embarazadas y aborto: ¿quién decide?”, *Actualidad Penal*, nº 29, 1996, pg. 548; ARROYO ZAPATERO, “Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización”, pg. 14; ROMEO CASABONA, C.M.: “El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico penales”, *La Ley*, 1987 (3), pgs. 813 y s.; el mismo, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, pgs. 336 y ss.; SANTOS MORÓN, M.J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, pgs. 162 y 165.

⁴ ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, pg. 337; el mismo, “El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico penales”, pgs. 813.

⁵ ARROYO ZAPATERO, “Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización”, pg. 14.

⁶ LANDECHO VELASCO, C.M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1996, pg. 66; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: “La minoría madura”, *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario-Fundación MAPFRE medicina, Madrid, 1998, pg. 89; SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª edición, Dykinson, Madrid, 2002, pg. 88.

⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pg. 120; GONZÁLEZ RUS, J.J.: en *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, COBO DEL ROSAL, M. (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2000, pg. 84; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: en *Derecho Penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN, S., et al.: 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pg. 113.

⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pgs. 83 y ss.

La LAP hace mención expresa a la cuestión de la minoría de edad en su art. 9.3. Según este precepto: “*Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: (...) 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 si tiene doce años cumplidos*”.

Así pues, interpretando este artículo *a sensu contrario*, el paciente menor de edad que sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención podrá consentir ésta por sí mismo.

La capacidad de juicio del menor no depende de su edad, sino de la capacidad para comprender los pros y los contras del tratamiento, así como del alcance y consecuencias de su decisión. En este sentido, la LAP establece que la opinión del menor debe ser escuchada si tiene doce años cumplidos. De aquí puede desprenderse una presunción de falta de capacidad de los sujetos menores de doce años, en cuyo caso, la intervención de sus representantes legales sería obligatoria, debiendo éstos prestar el consentimiento en sustitución del menor.

Será el médico que atiende al paciente menor en cada caso concreto quién deberá determinar si éste reúne las condiciones de madurez requeridas. De ser ello así, la voluntad del menor será suficiente para amparar el acto médico; de lo contrario deberá recabar el consentimiento de sus representantes legales⁹.

Pero el referido art. 9.3.c) LAP añade que en el caso de menores “*emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación*”. Con ello quiere decirse que existe una presunción general de capacidad para prestar un consentimiento válido en los menores emancipados y, en todo caso, en los mayores de dieciséis años.

Pero este régimen general se completa con una serie de reglas especiales, entre las que se encuentra la contenida en el art. 9.4 LAP. Según este precepto, “*la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación*”.

Este artículo ha resultado muy controvertido¹⁰ pues de él se desprende que en los tres casos señalados no podrán consentir por sí mismos los menores de edad, independientemente de su capacidad de juicio. Si bien el mencionado precepto no aporta nada en relación con los ensayos clínicos y las técnicas de reproducción asistida, sí que puede resultar trascendental en relación con el aborto. A continuación analizaremos las diversas posturas que se han mantenido al respecto.

2. Posturas existentes sobre los efectos jurídicos del art. 9.4 de la Ley 41/2002

2.1. La regulación contenida en la Ley 41/2002 no restringe el derecho de autodeterminación de las menores de edad

Para ciertos sectores sociales y de la doctrina científica, la regulación contenida en la LAP (en especial, su art. 9.4) no impedía entender que las menores de edad embarazadas que

⁹ SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, pg. 73; la misma, “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentarios a la TC S 154/2002 de 18 de julio”, *La Ley*, 12 de diciembre de 2002, pg. 4; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, “La minoría madura”, pg. 80.

¹⁰ Cfr. PARRA LUCÁN, M.A.: “Dos apuntes en materia de responsabilidad médica”, *Derecho y Salud*, Extraordinario XI Congreso de Derecho y Salud (2003), pg. 4.

deseaban abortar, siempre dentro del marco legal previsto en la legislación penal, estaban plenamente capacitadas para tomar la decisión por sí mismas, siempre que tuvieran suficiente capacidad de juicio para entender el significado de su decisión. En consecuencia, no sería necesario exigir la intervención de sus representantes legales, los cuales únicamente deberían ser informados de dicha decisión si la menor así lo manifestaba, o si la intervención supusiera un grave riesgo para su salud, tal y como se desprende del art. 9.3 LAP.

Quienes mantenían esta postura, aún reconociendo que la voluntad legal del art. 9.4 LAP «parece ser la de no admitir el consentimiento de la embarazada menor de dieciocho años», sin embargo otorgaban una importancia esencial a la remisión a la mayoría de edad “con carácter general”. Así, según estos autores, «ello permite mantener la operatividad de las disposiciones civiles que reconocen disponibilidad al menor en el ejercicio de derechos personalísimos»¹¹.

Del mismo modo, el Colegio de Médicos de Cataluña, procedió a la reforma de su Código Deontológico (con fecha de 24 de enero de 2005, y con entrada en vigor en abril del mismo año), en la que introducía una referencia a la interrupción del embarazo de las mujeres menores de edad, que a la postre ha resultado enormemente controvertida. Así, según su art. 33, “el médico, en el caso de tratar a un paciente menor de edad y cuando lo considere con las suficientes condiciones de madurez, deberá respetar la confidencialidad hacia los padres o tutores y hacer prevalecer la voluntad del menor”. Junto a esta disposición, el art. 59 disponía que “el médico no practicará nunca ninguna interrupción de embarazo o esterilización sin el consentimiento libre y explícito del paciente, dado después de una cuidadosa información, especialmente cuando éste sea menor, pero con capacidad para comprender aquello a lo que consiente. Cuando no exista esta capacidad será preciso el consentimiento de las personas vinculadas responsables”.

Ambos preceptos fueron recurridos ante los tribunales, tras lo cual fueron en un primer momento suspendidos y posteriormente anulados, tal y como expondré más abajo. La principal crítica que se hacía a los mismos fue que eran contrarios a la legislación entonces vigente. En efecto, un Código deontológico no puede dictar recomendaciones que se opongan a las leyes, por lo que serán ilegales todos aquellos preceptos contrarios a las mismas.

Pues bien, en relación con la validez de las disposiciones impugnadas del Código de Deontología del Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña más arriba mencionadas, se dictó una sentencia, emitida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona. En ella se entró a valorar si una norma deontológica que reconocía la capacidad de los menores de edad para tomar las decisiones oportunas en relación con la interrupción del embarazo (el ya referido art. 59 del Código deontológico del Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña), era conforme a la legislación vigente o no, pues únicamente en tal caso podía ser validada. A este respecto, admitió el Juez la interpretación ya mencionada del art. 9.4 LAP, esto es, que la referencia que dicho precepto hace al régimen general de la mayoría de edad habilita a los menores de edad con suficiente capacidad de juicio a prestar el consentimiento por sí mismos, sin intervención del representante legal, pues sería de aplicación la normativa general sobre derechos de la personalidad, en la cual no opera el régimen de representación de los padres y tutores (cfr. art. 162.II.1º CC).

¹¹ GARCÍA ARÁN, M., en *Comentarios al Código penal. Parte Especial. Tomo I*, CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pg. 73. De la misma opinión, DE LAMA AYMÁ, A.: “La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad”, *InDret*, nº 2 (2006), pgs. 12 y ss. (*on line* en www.indret.com).

2.2. La regulación prevista en la Ley 41/2002 supone una restricción del derecho de autoterminación de las menores de edad en relación con la interrupción voluntaria del embarazo

Para otro sector de la doctrina jurídica, en cambio, la referencia que el art. 9.4 LAP hacía a la mayoría de edad debiera ser interpretada en el sentido de que éste recogía una excepción expresa a la regla general de capacidad natural de juicio prevista en el art. 9.3 LAP.

En efecto, el legislador parecía haber querido poner de manifiesto con este precepto que la regla de la capacidad general de los menores con suficiente capacidad de juicio no resultaba aplicable en todos los casos y que en determinados supuestos, por su importancia, debe requerirse, en todo caso, la mayoría de edad.

La finalidad de este precepto resultaba igualmente evidente en el hecho de que junto a la interrupción voluntaria del embarazo, el legislador incluye en el art. 9.4 LAP “la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción asistida”. No por casualidad se trata de dos supuestos en los que la legislación específica al respecto (ya existente) exige la mayoría de edad¹².

En definitiva, con la referencia a la mayoría de edad, el art. 9.4 LAP quería exigir que quienes se sometían a las prácticas en él referidas tengan una edad superior a los dieciocho años; y en caso contrario exigir la intervención de sus representantes legales.

Además, este criterio se desprendía igualmente de los trabajos parlamentarios de la LAP, en concreto de las enmiendas presentadas por el diputado Carlos Aymerich Cano¹³ y el senador Anxo Manuel Quintana González¹⁴, ambos integrantes del Bloque Nacionalista Galego. Reconocen sus señorías en la justificación de sus respectivas enmiendas, que con dicho precepto “se adopta así una solución contraria e incoherente con el resto de la Proposición de Ley, pues las reglas generales de consentimiento recogidas en la misma consideran que el menor puede dar consentimiento válido en los casos que tenga capacidad o aptitud real” y acaban señalando: “Consideramos, por tanto, regresiva esta referencia a la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las excepciones al consentimiento por sustitución, obligando a obtenerlo a todas las menores hasta que alcancen la edad de dieciocho años, pues de hecho se está limitando el acceso de la menor a la propia interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos comprendidos dentro de las previsiones legales”. Estas objeciones fueron, por lo tanto puestas de manifiesto (y no una, sino en dos ocasiones) durante la tramitación parlamentaria de la ley, lo que supone que fueron conocidas y desatendidas por el legislador.

¹² En nuestro ordenamiento jurídico, la normativa que regula los ensayos clínicos en seres humanos está constituida por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (RCL 2006, 1483), y fundamentalmente por el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, en cuyo art. 7.3.a) se dispone que “si el sujeto de ensayos es menor de edad: 1.º Se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor”. Ahora bien, cuando el menor tenga doce años o más años, deberá prestar *además* su consentimiento para participar en el ensayo, después de que se le haya dado toda la información pertinente adaptada a su nivel de entendimiento.

Por su parte, Los requisitos para ser usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida vienen enunciados en el 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (RCL 2006, 1071), según el cual “toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley”.

¹³ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley, 27 de septiembre de 2001, enmienda número 6, pg. 36.

¹⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. VII Legislatura. Serie III A: Proposiciones de Ley del Senado, 19 de septiembre de 2002, enmienda número 27, pg. 33.

Esta solución era, a mi juicio, la correcta desde un punto de vista estrictamente jurídico, y así lo venían exigiendo las clínicas acreditadas para la interrupción voluntaria de embarazos. Cuestión diferente es que fuera compartida. Para LEMA AÑÓN, esta regulación «representa una solución inadmisibles y al tiempo significa una regresión con respecto a las prácticas habituales, a la opinión de la doctrina jurídica mayoritaria y a la práctica jurisprudencial»¹⁵, pues no tiene ningún sentido que en un aspecto que es, si cabe, más personal que la mayoría de las intervenciones sujetas a consentimiento, se prescindiera del criterio general de atención a la capacidad natural de juicio de la menor, para optar por un criterio claramente formalista como es el de la mayoría de edad civil¹⁶.

En definitiva, en el caso de una menor de edad, su consentimiento era inválido e ineficaz y era indispensable la autorización de los representantes legales, siempre en función del deber que tienen de velar por el bienestar de la mujer que se encuentra bajo su patria potestad o tutela y no en virtud de sus propios intereses o ideologías. Así pues, si la decisión adoptada por los representantes legales —favorable o contraria al aborto— fuese fruto de un comportamiento abusivo por parte de los mismos —por ejemplo, deniegan la autorización y el aborto es necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud de la menor—, lo oportuno sería acudir a la autoridad judicial para que ésta decida en el mejor interés de la gestante¹⁷. Si se produce una divergencia de opiniones entre los progenitores o representantes legales del menor, habrá que atenerse a lo dispuesto en el art. 156 del Código civil.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL TRAS LA REFORMA DE LA LAP OPERADA POR LA LO 2/2010

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que ha venido a modificar el régimen legal relativo al aborto en nuestro país, incluye una Disposición Final segunda en la que se da una nueva redacción al apartado 4 del artículo 9 de la LAP: “La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”. Es decir, desaparece la exigencia de mayoría de edad para consentir la interrupción voluntaria del embarazo, que pasaría a regirse por las reglas generales.

Esta decisión del legislador no ha sido, sin embargo, bien acogida por un alto número de ciudadanos, siendo fuertemente criticada incluso por sectores sociales que sí veían con buenos ojos la sustitución del sistema de indicaciones por uno de plazos.

Al mismo tiempo, el apartado cuarto del art. 13 LO 2/2010 dispone lo siguiente: “[I] 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. [II] Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. [III] Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peli-

¹⁵ LEMA AÑÓN, C.: “Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo”, *Jueces para la Democracia*, nº 43 (2002), pg. 35.

¹⁶ También se muestra muy crítico con la solución adoptada por legislador, ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, pg. 191.

¹⁷ Cfr. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 80 de Madrid, de 1 de abril de 2008.

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

Son, pues, dos las cuestiones novedosas que se derivan de la nueva regulación: por un lado, las mujeres menores embarazadas recuperan la capacidad para consentir el aborto por sí mismas; por otro lado, se prevé la obligación (con excepciones) de informar a los representantes legales de la menor de la práctica del aborto.

1. El derecho de autodeterminación de las menores de edad en materia de aborto

Una vez eliminada la interrupción del embarazo de la excepción prevista en el art. 9.4 LAP, será de aplicación la regla general sobre consentimiento recogida en la propia LAP. Es decir, tal y como se desprende del art. 9.3.c) LAP, la capacidad de obrar del menor no depende de su edad, sino de la capacidad para comprender los pros y los contras del tratamiento, así como del alcance y consecuencias de su decisión.

El art. 13.1 LO 2/2010 no viene sino a confirmar (en relación con el aborto) lo ya dispuesto con carácter general en el art. 9.3.c) LAP, cuando añade que en el caso de menores “*emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación*”.

Sin embargo, no existe razón alguna para interpretar el mencionado art. 13.1 LO 2/2010 en el sentido de que éste supone una excepción a la regla general contenida en la LAP en relación con los menores con edades comprendidas entre los doce y los dieciséis años. El art. 13.1 LO 2/2010 únicamente dice que la menores de 16 y 17 años deben prestar el consentimiento por sí mismas (presunción *iuris et de iure* equivalente a la recogida en el art. 9.3.c) LPA), pero en absoluto puede desprenderse del mismo que no puedan consentir por sí mismas igualmente las menores de dieciséis años de acuerdo con las reglas generales de capacidad. Lo que ocurre es que en estos casos habrá que valorar caso por caso su capacidad real de obrar.

Así se desprende claramente de la exposición de motivos de la LO 2/2010 cuando, en el último párrafo del apartado II, señala lo siguiente: “se ha modificado la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente con el fin de que la prestación del consentimiento para la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo se sujete al régimen general previsto en esta Ley y eliminar la excepcionalidad establecida en este caso”¹⁸.

¹⁸ Es cierto que durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley, los parlamentarios se refieren constantemente a las menores de entre 16 y 18 años de edad, y el debate sobre la capacidad para consentir el aborto se centra en este marco de edad. Sin embargo, en ningún momento se dice que esta regulación quiera suponer una excepción al art. 9.3.c) LAP, que estará plenamente vigente tras la reforma del art. 9.4 LAP. Simplemente, e incomprensiblemente, se da por hecho que el art. 9.3.c) LAP únicamente otorga la capacidad de emitir un consentimiento válido a menores con dieciséis años cumplidos, cuando sabemos que ello no es así. Como ya se ha expuesto más arriba, este precepto establece una presunción *iuris et de iure* de capacidad en relación con este segmento de población, pero también permite considerar capaces a personas de entre 12 y 16 años siempre que se acredite que tienen una suficiente capacidad de juicio.

Esta errónea interpretación del art. 9.3.c) LAP se pone claramente de manifiesto en algunas intervenciones. Aunque no son los únicos ejemplos, podemos citar las siguientes: la Ministra de Igualdad (Bibiana Aído Almagro) afirma que “hemos incluido la eliminación de la excepción establecida en la Ley de Autonomía del Paciente, de 2002, de manera que la interrupción voluntaria del embarazo se equipare al resto de prestaciones sanitarias, para las que la mayoría de edad para consentir está establecida en 16 años”; o el diputado del Grupo Parlamentario Vasco (Joseba Agirretxea Urresti), cuando dice que el proyecto de Ley “pretende cambiar el artículo de la Ley de Autonomía del Paciente que excluía de la edad sanitaria el caso del aborto, rebajándolo a 16 años”. *Vid. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Pleno y Diputación Permanente. IX Legislatura, núm. 127, 26 de noviembre de 2009, pp. 26 y 38, respectivamente.

Así lo recoge también el proyecto de informe del Consejo General del Poder Judicial¹⁹, al igual que la enmienda al mismo²⁰. De esta forma, se dice expresamente que con la reforma del art. 9.4 LAP, “(...) no solo las menores, mayores de dieciséis años van a poder consentir de manera autónoma respecto de la práctica de la IVE, sino también aquellas menores de dicha edad, con tal que sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (...). Si la mujer en estado de gravidez es mayor de dieciséis años, el Anteproyecto la equipara a estos efectos a la que ha alcanzado ya la mayoría de edad. Si fuere menor de dicha edad, el criterio a tener en cuenta será el de la capacidad emocional e intelectual para comprender el alcance de la intervención”.

En definitiva, serán de aplicación las reglas generales previstas en la LAP, la cual establece que la opinión del menor debe ser escuchada si tiene doce años cumplidos. Ello se interpreta como una presunción de falta de capacidad de los sujetos menores de doce años, en cuyo caso, la intervención de sus representantes legales sería obligatoria, debiendo éstos prestar el consentimiento en sustitución del menor.

Por su parte, cuando nos encontremos ante menores no emancipadas y que no hayan cumplido aún los dieciséis años, dada la dificultad práctica para determinar su capacidad para consentir, es aconsejable que el médico consulte a los representantes legales antes de realizar cualquier acto médico, como práctica más fiable, y exija también su consentimiento, especialmente si se trata de un acto médico de grave riesgo, pues no puede olvidarse la función primordial de los padres y representantes legales de velar por el menor, lo cual exige, a nues-

También resulta significativa, en este sentido, la enmienda núm. 11 al proyecto de Ley (Grupo Parlamentario Mixto), en la que a la vez que se aboga por exigir que los “padres, tutores o representantes legales también deberán ser informados previamente” cuando el aborto lo solicite “una menor de edad con edad comprendida entre los dieciséis y diecisiete años” (sic) (¿y las menores con edad comprendida entre los diecisiete y los dieciocho años?), sin embargo, se dice que esta referencia a una edad determinada se hace “[s]in variar las reglas generales de consentimiento informado para la práctica de intervenciones sanitarias”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. Núm. 41-7, 1 de diciembre de 2009, p. 19. Vid. también, art. 8 RD 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.*

En definitiva, desde el principio se da por hecho que modificar el art. 9.4 LAP, lo que supondrá aplicar el régimen general previsto en el art. 9.3.c) LAP, tendrá como consecuencia que ello afectará a las menores con 16 y 17 años, lo cual es cierto, pero olvida que también se va aplicar a menores de esa edad, siempre que tengan suficiente capacidad de juicio. Es más, esto es puesto de relieve en un determinado momento por el Grupo Parlamentario Catalán, quien, cuando solicita, a través del trámite de enmiendas, la supresión de la Disposición Final segunda del proyecto de Ley, lo justifica de la siguiente manera: “La disposición final segunda del Proyecto elimina el régimen de excepción que para las interrupciones voluntarias del embarazo prevé en la actualidad, al igual que para la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida, el artículo 9.4 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. Ello supone la aplicación para la práctica del aborto del criterio general previsto para las intervenciones clínicas. Esto es, basta el consentimiento de la menor cuando sea mayor de dieciséis años, o menor de esa edad si tiene lo que se denomina capacidad natural o madurez, esto es, si «es capaz intelectual o emocionalmente de comprender el alcance de la intervención» (...)”. *Vid. Enmiendas núm. 4 y 114, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. Núm. 41-7, 1 de diciembre de 2009, pp. 15 y 55; Enmienda núm. 58, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. IX Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley. Núm. 39 (d), 17 de febrero de 2010, pp. 44 y s. Esta enmienda presentada en el Senado es aún más significativa pues se hace sobre un texto legal, el remitido por el Congreso de los Diputados, en el cual se ha incluido ya el apartado cuarto del art. 13.*

¹⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Proyecto de Informe del sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 15 de julio de 2009, pp. 39, 45, 47 y ss.

²⁰ Enmienda al Proyecto de Informe aprobado por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, el 15 de julio de 2009, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, 20 de julio de 2009, pp. 31 y s., y 36 y ss.

tro juicio, su participación en el proceso deliberativo y de toma de decisión. De esta forma, el médico podrá formarse correctamente su opinión acerca de la capacidad de la menor para entender realmente los riesgos de la intervención a la que va a ser sometida, lo cual supondrá su consideración o no como interlocutor válido a los efectos de tomar la decisión oportuna para someterse o no a dicho acto médico.

Ahora bien, en ciertas circunstancias, el art. 9.3.c) LAP ampara la decisión de un médico de aceptar la decisión tomada por una menor de edad (mayor de doce años) si éste considera que se trata de una paciente plenamente capaz, atendiendo a las circunstancias del caso, para comprender los riesgos y naturaleza de la interrupción del embarazo, lo que presupone la comprensión de que no sólo se trata de una intervención en su cuerpo, sino también la destrucción de la vida del feto. A este respecto, hay que tener en cuenta que “[l]a mujer que consiente un aborto no consiente, por tanto, una mera intervención invasiva que afecta a su derecho a la integridad física (art. 15 de la Constitución) sino el sacrificio de un bien jurídico –la vida prenatal– a otro –su propio derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación–, que forman parte de una decisión previa (aunque íntimamente ligada al consentimiento del acto médico) por lo que los presupuestos y los términos de esa decisión son distintos. El grado de madurez que se exige para decidir la práctica del aborto equivale a la capacidad para realizar esa ponderación de bienes jurídicos, asimilando la información y asumiendo la responsabilidad que tal decisión implica”²¹. No obstante, únicamente debería hacerse uso de esta facultad en casos muy especiales.

Sin embargo, como decíamos, tratándose de menores emancipadas o con dieciséis años cumplidos, la decisión debe tomarla en todo caso la menor de edad. Cuestión distinta es que el médico dude de la capacidad real de una menor perteneciente a este grupo (por ejemplo, por tener una deficiencia psíquica). En tal caso sí está justificada la consulta a los representantes legales de la misma y, en su caso, la necesidad de que sean éstos los que presten el consentimiento para llevar a cabo la interrupción del embarazo (o decidan no realizarla). Pero no por tratarse de una menor, sino en virtud de la letra a) del art. 9.3 LAP, al tratarse de un paciente (independientemente de la edad) que no es capaz de tomar decisiones.

En los casos en lo que sea la mujer menor de edad la que deba prestar el consentimiento para proceder a la práctica del aborto, será ella la destinataria de la información previa al consentimiento. No hay que olvidar que el art. 5.1 LAP establece que “*el titular del derecho a la información es el paciente*”, y que, según el art. 5.3 LAP, únicamente 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 (en definitiva, un menor de edad sin suficiente capacidad de juicio y, en todo caso, los menores de doce años), la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Por lo que respecta al contenido de dicha información, hay que tener presente la ya mencionada STC 53/1985, en cuyo fundamento jurídico 14 se reconoce “el derecho de la mujer a disponer de la necesaria información, no sólo de carácter médico -lo que constituye un requisito del consentimiento válido-, sino también de índole social, en relación con la decisión que ha de adoptar”.

Dicha información ha de versar, en primer lugar, sobre los aspectos previsto en el art. 10 LAP para cualquier tipo de intervención médica en general, y en particular ha de contemplar también aquellos extremos a que hace mención el art. 17 LO 2/2010, así como el art. 7 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3

²¹ CONSEJO FISCAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo*, 23 de junio de 2009, p. 78 (esta referencia pertenece al texto alternativo).

de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, esto es, “(...) sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo”.

2. El deber de informar a los representantes legales de la menor

Un elemento novedoso de la reforma, no previsto con carácter general en la LAP para otro tipo de intervenciones, es la necesidad de informar de la intervención al representante legal de la menor. De esta manera, la vuelta al régimen general, según el cual debe ser la persona menor de edad con suficiente capacidad de juicio quien preste el consentimiento, no significa (como se ha querido hacer ver desde algunos sectores) que se elimine la figura del progenitor o del representante legal de la menor en el proceso deliberativo y en la toma de la decisión.

En efecto, como ya se dijo más arriba, hay que conciliar el respeto al derecho a la autodeterminación de las personas menores de edad, con el deber de los padres y tutores de velar por los intereses de aquéllos que se encuentran bajo su patria potestad o tutela.

Es cierto que en algunas ocasiones, especialmente cuando exista una proximidad a la mayoría de edad y cuando se trata de decisiones que no entrañen graves riesgo para los intereses del menor, éstos deben estar autorizados a tomar decisiones, incluso al margen de la voluntad y del conocimiento de aquéllos. Pero también es cierto que en otros casos podrá exigirse, si no el consentimiento respecto a la decisión final, sí al menos la participación en la toma de la misma, para lo cual puede exigirse al menor que informe por sí mismo a sus representantes legales, o bien que lo haga directamente el facultativo que atiende al paciente menor de edad. De esta manera no se afecta el derecho de autodeterminación, si bien sí que se restringe en cierta medida el derecho a la intimidad y, en su caso, el deber de confidencialidad, restricción que puede estar plenamente justificada en ciertos casos.

Desde otra perspectiva, la intervención de los padres o representantes legales de la menor en el proceso deliberativo no va dirigida necesariamente de completar la capacidad de obrar de la menor, sino que “[e]n una aproximación mínimamente realista al drama humano del embarazo no deseado de una adolescente, es obvio que la posición de los padres puede tener en ese plano *social* una relevancia extrema, entre otras razones porque su eventual disposición positiva a asumir y compartir con la gestante las cargas del embarazo y la maternidad pueden ser ciertamente determinantes para la decisión de ésta, y verse impedidas –con dramáticas consecuencias- por una percepción errónea de la joven embarazada acerca de la actitud de sus progenitores”²².

La normativa anterior a la LO 2/2010 sobre aborto de menores de edad había adoptado la postura más restrictiva posible, esto es, restringir la capacidad de autodeterminación de las menores de edad hasta el punto de que las decisiones que debieran adoptarse al respecto tuvieran que ser autorizadas por sus representantes legales, lo cual conllevaba necesariamente un deber por parte de los profesionales sanitarios de informar a aquéllos del devenir de la asistencia sanitaria.

Frente a esta postura, cabría mantener una opción igualmente extrema, a saber, reconocer plenamente el derecho de autodeterminación de las menores de edad, así como el derecho a la intimidad (médica), de tal modo que los profesionales sanitarios debieran cumplir estrictamente el deber de confidencialidad y respetar la voluntad de la menor de edad, siempre que

²² CONSEJO FISCAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo*, 23 de junio de 2009, p. 83 (esta referencia pertenece al texto alternativo).

ésta tuviera suficiente capacidad de juicio, sin que pueda requerirse la intervención de los representantes legales de la misma sin su autorización expresa.

Si bien esta opción puede ser aceptable para actos médicos de escasa trascendencia, no parece la más conveniente en el tema que nos ocupa. Resulta evidente que un correcto ejercicio de la patria potestad exige conocer ciertos datos sobre los hijos o, en su caso, sobre los menores sometidos a tutela. Por ello, lo más razonable parece optar por una regulación que relaje, hasta un cierto punto, el deber de confidencialidad. No debe olvidarse que ningún derecho, aunque se trate de un derecho personalísimo (como son los derechos a la intimidad y a la protección de datos), es absoluto, y puede ser sometido a restricciones atendiendo a una ponderación de los diversos intereses en juego. Por ello, no debe asombrar que se faculte, en ciertos casos, a los profesionales sanitarios para informar a los representantes legales de las pacientes menores de edad sobre cuestiones de especial trascendencia, sin perjuicio de que, en última instancia, sea la menor de edad la que debe consentir el acto médico en cuestión.

En realidad, este deber de informar a los representantes legales de los menores no es desconocido en nuestro Derecho. Así, el art. 9.3.c) *in fine* LAP establece que “*en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente*”. Y más concreto, en relación con el aborto de las menores de edad, el nuevo art. 13 LO 2/2010 requiere expresamente que un adulto sea informado de la decisión de la mujer.

Aunque este deber se predica únicamente en relación con las menores de entre dieciséis y dieciocho años, no cabe duda de que debe ser igualmente extendido a las menores de dieciséis años en los casos (serán excepcionales) en los que el profesional sanitario haya constatado su capacidad de obrar y otorgue validez a su consentimiento, en los términos más arriba expuestos.

Es cierto, no obstante, que en su párrafo tercero permite prescindir de dicha información “cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.

Una vez expuesta la normativa aplicable, conviene hacer algunas reflexiones al respecto:

1. Al margen de otras consideraciones que cabe realizar sobre esta exigencia legal (el art. 9.3.c) *in fine* LAP), lo cierto es que el deber de los padres de velar por sus hijos menores de edad puede requerir que éstos estén informados de la salud de los mismos y de las medidas tomadas al respecto, al menos cuando se trate de casos en los que la salud de aquéllos puede verse seriamente comprometida al requerirse intervenciones médicas especialmente peligrosas, como pudiera ocurrir con ciertas incidencias surgidas en el curso de un embarazo. En tales casos, esta previsión legal exige informar a los representantes legales del menor, incluso pese a su oposición expresa.

Así, aun tratándose de mujeres menores que deban consentir la intervención por sí mismas, ello no elimina *per se* la obligación de los facultativos de informar a los padres o tutores de la menor sobre el embarazo y el estado de salud de la misma antes de proceder a la interrupción del embarazo, siempre que se entienda que dicha intervención pueda considerarse como de grave riesgo, según se desprende del 9.3.c) *in fine* LAP. En estos casos estaría justificado, a nuestro juicio, una interpretación amplia del término “grave riesgo”, de tal manera que no tiene por qué valorarse únicamente desde un punto de vista físico (se consideran abortos de bajo riesgo si el periodo de gestación es inferior a doce semanas, y de alto riesgo si es superior), sino también desde una perspectiva psíquica y emocional, aspecto que sí puede verse afectado en casos de aborto, especialmente en una menor de edad. Hay que tener en cuenta que el apoyo del entorno, familiar y de la pareja sobre todo, pero también del social y de los

profesionales con los que se contactan (antes, durante e inmediatamente posterior) influye bastante en la disminución de las secuelas psicológicas posteriores.

2. Aunque el art. 9.3.c) *in fine* LAP habla de informar a los “padres”, la información deberá transmitirse al o a los representantes legales de la menor, pues no tiene por qué coincidir en todo caso la figura del representante legal con la del progenitor²³.

3. No obstante lo anterior, aún si se entiende que la intervención de interrupción del embarazo en cuestión no supone un grave riesgo para la paciente, el art. 13 LO 2/2010 exige, en materia de aborto, que se informe de la misma al representante legal de la menor. Aunque no lo diga expresamente la Ley, debe entenderse que dicha información debe producirse antes de la práctica del aborto. La Ley no deja claro cómo probar que la información ha sido transmitida. A este respecto, parece conveniente que sea el propio médico al que acude la menor (el médico de familia o el que va a practicar el aborto) quien deba asegurarse de que el representante legal ha sido informado y así hacerlo constar en la historia clínica o en el expediente de la interrupción del embarazo, de tal manera que exista constancia de que al menos uno de los padres, tutores o representantes legales ha sido informado al respecto²⁴. No parece suficiente que se deje la información en manos de la propia menor y se acepte un documento supuestamente firmado por el representante legal para entender cumplida esta exigencia, tal y como parece desprenderse del dictamen del Consejo de Estado, cuando se refiere a esta circunstancia en los siguientes términos: “(...) en esta información debe incluirse una advertencia para que la menor consulte con los titulares de la patria potestad o con sus representantes y escuche su consejo. Transcurrido el plazo al que se refiere el artículo 14 y antes de la intervención la menor habrá de completar el documento en el que conste su consentimiento con el testimonio de que al menos uno de sus padres o representantes afirme haber tenido información acerca de la intervención a la que se pretende someter y de la información que le fue facilitada (...)”²⁵.

A este respecto, el art. 8.1 RD 825/2010, de 25 de junio, que desarrolla la LO 2/2010, de 3 de marzo, establece que “la mujer de 16 ó 17 años prestará su consentimiento acompañado de un documento que acredite el cumplimiento del requisito de información previsto en el apartado Cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. El documento será entregado personalmente por la mujer acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro en el que vaya a practicarse la intervención”.

4. A fin de evitar que esta intervención de los padres o representantes legales de la menor pueda suponer una forma de presión de la voluntad de la embarazada, alterando mediante alguna suerte de condicionamiento emocional el sentido de su decisión final, sería aconsejable establecer un mecanismo para que la propia menor y/o los padres o representante legal puedan, a solicitud propia (de manera que tampoco pueda sospecharse de una actuación *intencionista* de los servicios sociales o asistenciales) recibir, además de la información anterior-

²³ Vid. a este respecto, PARRA LUCÁN, “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, p. 29. Según esta autora, aunque en este precepto se haga únicamente referencia a los padres, no existe ningún problema para hacerlo extensivo a los representantes legales del menor, aplicando la analogía. Por su parte, según RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I., “La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas”, *Diario La Ley*, 2005-2, p. 1422, si se trata de un emancipado por razón de matrimonio y el cónyuge es mayor de edad, será éste quien deba ser consultado y no los padres pues la curatela es ejercitada por éste.

²⁴ Vid. en este sentido, las enmiendas núm. 98 (Grupo Parlamentario Catalán) y núm. 121 (Grupo Parlamentario Vasco). *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. IX Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. Núm. 41-7, 1 de diciembre de 2009, pp. 48 y 57. El Grupo Parlamentario Mixto, en la enmienda núm. 3, planteaba que la menor de edad debería estar siempre acompañada por un adulto en el momento de realizar la interrupción del embarazo, tal y como sucede en muchos países de nuestro entorno (p. 8).

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 17 de septiembre de 2009, p. 54.

mente referida, una específica asistencia de especialistas que puedan facilitarles el análisis objetivo y racional de todos los factores en presencia²⁶.

5. Además de lo dicho, hay que tener en cuenta que el art. 13.4 LO 2/2010 recoge una excepción en su párrafo tercero, al señalar que “[s]e prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.

De nuevo, no se aporta ningún criterio que sirva para determinar cuándo puede darse por buena la alegación del menor en este sentido. Lo que sí parece claro es que el mal esperado debe ser grave (violencia, malos tratos, amenazas, coacciones). No puede tratarse de un mero temor a un enfado, una regañina o un castigo por parte de unos padres más o menos comprensivos. Esos efectos son parte también de la educación que esos padres están obligados a proporcionar (y para lo cual necesitan tener conocimiento de la información).

6. Por otro lado, corresponde al profesional sanitario valorar en cada caso si se dan o no las condiciones para informar al representante legal de la menor. Por ello, resulta evidente que una aplicación generalizada de esta excepción puede llevar, en la práctica, a que la omisión de la información a los representantes legales se convierta en la regla general en vez de en la excepción.

7. Cuando el profesional sanitario acceda a la petición de la menor y decida no informar al representante legal de ésta, así debería hacerlo constar en la historia clínica o en el expediente, motivando las causas, de forma similar a lo establecido para los casos de estado de necesidad terapéutico (art. 5.4 LAP). Así se ha previsto en el art. 8.2 RD 825/2010, de 25 de junio, según el cual, “en el caso de prescindir de esta información, cuando la mujer alegue las circunstancias previstas en el apartado Cuarto del citado artículo 13, el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social”.

8. Tampoco se dice nada sobre los efectos jurídicos de la omisión de dicha información. El Consejo Fiscal proponía en su informe que el hecho fehaciente de tal conocimiento paterno fuera uno de los requisitos exigidos para que los médicos pudieran practicar el aborto, en los casos permitidos por la ley²⁷. Al menos, la omisión de dicha información al representante legal de la menor (por parte del profesional sanitario) debería haber integrado también, en caso de no estar justificada, el nuevo art. 145 bis CP.

9. Es discutible que dicha omisión pueda ser constitutiva de una infracción administrativa, al no existir en la LO 2/2010 un catálogo (expreso o por remisión) de infracciones y sanciones, salvo el ya citado art. 145 bis CP. Podría considerarse, no obstante, que se trata de una infracción de la normativa sanitaria, y por lo tanto sometida al régimen sancionador previsto en los arts. 32 y ss. de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. De este modo, quedaría tipificada como infracción leve, al tratarse de una simple irregularidad en la observación de la normativa sanitaria vigente, sin trascendencia directa para la salud pública (art. 35.a.1 Ley 14/1986), y al no ser considerada como grave o muy grave de forma expresa. En tal caso, dicha infracción llevaría aparejada una sanción de hasta 30.000 euros de multa (art. 36.1.a Ley 14/1986).

²⁶ Así, CONSEJO FISCAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo*, 23 de junio de 2009, p. 84 (esta referencia pertenece al texto alternativo).

²⁷ CONSEJO FISCAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo*, 23 de junio de 2009, p. 34.

10. Ante la previsión de que el recurso a dicha excepción pueda ser objeto de abusos, sería conveniente (y una gran ayuda para los profesionales sanitarios) intentar objetivar los supuestos en los que alegaciones de esta naturaleza pueden ser acogidas. En este sentido, puede partirse de dos consideraciones:

a) Por un lado, puede tenerse como dato relevante a efectos de optar por informar o no al representante legal la condición de emancipado de la menor de edad. En efecto, el art. 320 CC dispone que “[e]l Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años, si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres: (...) 3. Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad”. Una de las causas que puede dar lugar, precisamente, a la concesión de la emancipación son las malas relaciones personales entre padres e hijos. Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia provincial de Madrid 238/2007, de 15 de febrero, dice lo siguiente: “si el problema de rechazo de Eva hacia su madre ha ido in crescendo, si todos los intentos realizados para lograr el acercamiento madre-hija han fracasado, (...) todo encamina a conceder la emancipación de Eva”. Siendo esto, así la mera constatación de la condición de emancipada de la mujer embarazada menor de edad, debería aceptarse como dato objetivo suficiente para acogerse a la excepción señalada y no informar al representante legal, más aún si tenemos en cuenta que los emancipados carecen de representante legal ya que la emancipación habilita al menor para regir su persona como si fuera mayor (art. 323 CC);

b) Por otro lado, hay que tener igualmente presente que los casos en los que se autoriza a prescindir de la información al representante legal (peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo), son casos en los que puede existir una situación de desamparo de hecho de la menor, cuando no estar siendo víctima de un delito (cfr. arts. 153.2, 173.2 y 226 y ss. CP). En tales casos, de acuerdo con lo establecido en el art. 13.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “[t]oda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos”. Es decir, ante una alegación de este tipo, el profesional sanitario debería informar a la menor de edad de que si lo que dice es cierto, entonces no informará a su representante legal, pero sí deberá hacerlo a las autoridades administrativas correspondientes a fin de comprobar la situación familiar y tomar las medidas oportunas. Hay que recordar, a este respecto, que el mencionado art. 8.2 RD 825/2010 prevé expresamente la posibilidad de solicitar un informe de un profesional de trabajo social para cerciorarse de que las alegaciones de la menor son fundadas. De esta manera podrían evitarse un número considerable de alegaciones falsas.

11. Finalmente, pensando en los casos en los que, acogiéndose a esta excepción, se omita la información al representante legal de la menor embarazada, debería haberse previsto legalmente algún mecanismo sustitutorio de consejo o asesoramiento a las menores²⁸.

IV. CONCLUSIÓN

Tras ocho años de vigencia, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, ha modificado el art. 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y

²⁸ En este sentido, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Proyecto de Informe del sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 15 de julio de 2009, p. 56.

obligaciones en materia de información y documentación clínica, de tal manera que la capacidad para consentir una interrupción voluntaria del embarazo pasará a regirse por las reglas generales, no requiriéndose, como se venía exigiendo hasta ahora, la mayoría de edad de la mujer embarazada.

Aunque esta decisión del legislador español ha resultado muy controvertida, lo cierto es que el mencionado precepto había sido muy criticado por la doctrina desde su aprobación, pues no se llegaba a comprender la necesidad de modificar una situación jurídica que no había suscitado ningún tipo de controversia hasta ese momento. De hecho, durante todo el periodo de vigencia del art. 9.4 (en su versión original) se han sucedido varias propuestas de interpretación del mismo dirigidas a reconocer a las menores de edad capacidad para consentir por sí mismas el aborto, si bien la postura que se impuso fue aquella que veía en el art. 9.4 una excepción a la regla general, a la vez que se abogaba por una modificación de dicho precepto y una vuelta a los orígenes.

Ahora bien, también es cierto que los menores de 18 años siguen siendo menores de edad hasta que no alcancen dicha edad, y hasta entonces, la Ley impone a los padres y representantes legales de los mismos un deber de velar por ellos. En consecuencia, debe existir una ponderación entre el derecho de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito de los derechos de la personalidad y aquél deber, especialmente cuando se trata de consentir ciertos actos que pueden tener graves implicaciones físicas, psíquicas o emocionales para el menor. Indudablemente, el embarazo y la interrupción del mismo puede incluirse dentro de este grupo.

De este modo, es plenamente comprensible que el legislador, tras haber reconocido que las menores de edad con suficiencia capacidad natural de juicio (y en todo caso, si tienen más de dieciséis años o están emancipadas) deben tener la última palabra en relación con su embarazo, y la eventual interrupción del mismo, imponga un deber adicional (que no se prevé en relación con otros actos médicos) de poner este hecho en conocimiento de un adulto (padre, tutor, representante legal, etc.), de tal manera que la menor pueda tomar la decisión en unas condiciones óptimas y los padres o tutores puedan ejercer de tales.

Tampoco puede rechazarse, en principio, la previsión del legislador de que, excepcionalmente, dicha información pueda ser omitida si la relación existente entre la menor y sus progenitores o tutores lo desaconseja. Sin embargo, existe un riesgo de que esta excepción pueda llegar a convertirse en la regla general si se aplica de una manera poco rigurosa. Habrá que intentar que ello no sea así, pues no hay que perder de vista que la intervención paterna en ese proceso deliberativo no debe verse como una restricción de los derechos de la menor, sino como un mecanismo de garantía que se ha establecido en su propio beneficio.

V. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- ROMEO MALANDA, Sergio, “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, *Diario La Ley*, Tomo 7, 2000
- “Minoría de edad y aborto: algunas consideraciones sobre consentimiento y confidencialidad”, en Adroher Biosca, Salomé / de Montalvo Jääskeläinen, Federico / Corripio Gil-Delgado, María de los Reyes / Veiga Copo, Abel Benito (coords.), *Los Avances del Derecho antes los avances de la medicina*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008
- “Las menores de edad ante el aborto: aspectos legales”, en de los Reyes López, M. y Sánchez Jacob, M., *Bioética y Pediatría*, Ergon, Madrid, 2010

- “La relevancia justificante del consentimiento de las menores de edad en el nuevo sistema de aborto no punible (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo)”, *Revista Penal*, nº 27 (2011)