

LA CAPACIDAD DEL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO DE LA SALUD: DIMENSIÓN JURÍDICA.

Juan Luis Beltrán Aguire
Doctor en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MENOR DE EDAD COMO SUJETO CAPAZ Y AUTÓNOMO: ORDENAMIENTO CIVIL. III. LA MAYORÍA DE EDAD SANITARIA. 1. Normativa sectorial. A. Legislación de ámbito estatal. B. Legislación autonómica. 2. El derecho del menor a recibir información sanitaria. 3. El derecho del menor maduro a la autodeterminación decisoria sobre su salud. 4. La restricción del derecho del menor maduro a formular instrucciones previas y sus excepciones en la legislación autonómica. 5. El derecho del menor maduro a la confidencialidad de sus datos clínicos. La pretendida colisión con el derecho de los padres o tutores a la información sobre esos datos. 6. El derecho de los adolescentes a recibir información y educación para la salud sexual y la inexistente colisión con los derechos a la libertad ideológica y religiosa de sus padres. IV. SUPUESTOS ESPECIALES. 1. La interrupción voluntaria del embarazo. 2. El derecho fundamental del menor de edad a la libertad religiosa y a la integridad física. Su relevancia a efectos de su oposición a un tratamiento médico. 3. El derecho de la menor madura a la prescripción y dispensación de la píldora postcoital.

I. INTRODUCCIÓN.

La expresión “menor maduro” se utiliza para identificar a las personas legalmente menores de edad, pero con capacidad suficiente para involucrarse en la toma de decisiones atinentes a su persona. A partir de los años ochenta, nuestras legislaciones, tanto la civil y penal como la específica reguladora de la protección de menores y, desde luego, la sanitaria, han avanzado bastante con relación a este tema reconociendo al menor de edad con madurez suficiente su capacidad de autodeterminación en el ámbito de los derechos de la personalidad y, por ende, sobre su salud en general y, en particular, sobre su salud sexual y reproductiva. Pero tal conjunto normativo es técnicamente imperfecto por estar disperso en distintas leyes que han regulado el tema parcialmente y con cierta desconexión entre sí

(por ejemplo, en la legislación sanitaria se entremezclan materias de derecho civil y de derecho sanitario)¹. De ahí que no esté exento de dudas interpretativas o, incluso, de interpretaciones aparentemente contrarias al tenor literal o gramatical de los preceptos legales, posiblemente por razón de posturas ideológicas contrarias a la teleología de dichos preceptos. En cualquier caso, su aplicación en el ámbito médico-clínico plantea actualmente innumerables preguntas así como continuos problemas prácticos de aplicación.

En este contexto, es objeto de esta ponencia tratar de describir el régimen jurídico aplicable a los

¹ Véase al respecto M^a A. PARRA LUCÁN, *La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español*, en Aranzadi Civil, núm. 2/2003, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003.

menores de edad en el ámbito de la salud, para, seguidamente, detenernos en aquellos supuestos que mayor conflictividad interpretativa padecen actualmente

II. EL MENOR DE EDAD COMO SUJETO CAPAZ Y AUTÓNOMO: ORDENAMIENTO CIVIL.

Es bien conocida la importante construcción teórica culminada a lo largo de la segunda mitad del siglo XX sobre el principio de que los derechos de la personalidad y otros derechos civiles pueden y deben ser ejercitados por las personas desde el momento en que tengan juicio natural suficiente, hecho o circunstancia que en la mayoría de las personas sucede bastante antes de los dieciocho años², y de cómo esta construcción teórica ha tenido su reflejo en las Convenciones internacionales y en las legislaciones nacionales. El ordenamiento jurídico español ha incorporado también estas tendencias. Veámoslo sucintamente.

El artículo 154 del Código Civil establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre, y que si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Por su parte, el artículo 162.1º de este Código, según la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, exceptúa de la necesidad de consenso y aceptación de los padres los actos relativos a los derechos de la personalidad (que son los derechos básicos inherentes a todo ser humano por el mero hecho de serlo: la salud, la vida, la integridad física, etc.) que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. A su vez, el artículo 319 establece que se reputará para todos los efectos como emancipado el hijo mayor de 16 años que con

el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos.

La ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la integridad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 3 dispone que “*El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.*”

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, declara en su preámbulo que el ordenamiento jurídico, y la Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. Destaca que el conocimiento científico actual permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos, y que de esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Seguidamente, advierte cómo el desarrollo posconstitucional refleja esta tendencia introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad, puesto que el concepto “ser escuchado si tuviere suficiente juicio” se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan, hasta el punto de que las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse siempre de forma restrictiva. Y así, en su artículo 2.2 establece que “*primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*” y que “*las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.*” Y en su artículo 9 dispone que “*El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento*

² P. SIMÓN LORDA, *La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias. Un problema ético y jurídico*, Revista Española de Pediatría, 1997, advierte de cómo los estudios de psicología evolutiva de la moralidad demuestran que la mayor parte de los adolescentes alcanzan su madurez moral entre los 13 y los 15 años.

administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.”

III. LA MAYORÍA DE EDAD SANITARIA.

1. Normativa sectorial.

A. Legislación de ámbito estatal.

Los postulados de la Ley Orgánica del Protección Jurídica de Menor, tienen inmediato reflejo en la legislación sanitaria, tanto estatal como autonómica. En el ámbito de la legislación estatal, por su enorme trascendencia al respecto, resulta obligado hacer referencia a dos normas. Un Convenio internacional y una ley básica estatal.

El Convenio de 4 de abril de 1997 para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, hecho en Oviedo y ratificado por instrumento de 23 de julio de 1999, en su artículo 6.2 establece que *“La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.”*

Y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica estatal, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Respecto al derecho de información sanitaria su artículo 4.1 establece que *“los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud, toda la información disponible sobre la misma.”* Seguidamente, en el artículo 5.1 dispone que *“el titular del derecho a la infor* En lo referente al derecho a la confidencialidad de los datos sanitarios, establece su artículo 7 que *“toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.”* Y el artículo 9.3 c),

in fine, dispone a su vez que *“sólo en caso de actuación de grave riesgo en el menor maduro se informará a los padres y su opinión será tenida en cuenta.”*

En cuanto al derecho a otorgar el consentimiento informado, su artículo 9.3 c) establece que se otorgará el consentimiento por representación, *“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. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.”* Y su artículo 9.4 dispone que *“La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.”*

Finalmente, en su artículo 11.1 sólo permite suscribir el documento de instrucciones previas a las personas mayores de edad, capaces y libres.

B. Legislación autonómica.

Como es bien conocido, la Ley básica 41/2002, de 14 de noviembre, fue precedida de algunas leyes autonómicas y ha sido desarrollada y complementada tras su promulgación por otras leyes autonómicas³.

³ - Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y la documentación clínica.

- Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Galicia, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, modificada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo.

- Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón, de Salud (artículo 14).

Quizás, la mayor crítica que se puede hacer a la legislación autonómica promulgada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, es que no ha sabido desarrollar convenientemente la ley básica estatal perfeccionando con mejor técnica legislativa algunos de los confusos y farragosos preceptos de dicha ley básica, tales como, en lo que aquí nos importa, el 9.3 c), que hace una incompleta definición de la mayoría de edad sanitaria por vía negativa (por ejemplo, no contempla específicamente al menor maduro entre 12 y 16 años) y el 9.4, que, en temas trascendentes para las menores de edad como el de la interrupción voluntaria del embarazo, se limita a decir que se regirá por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación, remisión obviamente bastante confusa por indeterminada y por ello fuertemente criticada por la doctrina⁴.

La mayoría de las leyes autonómicas posteriores a la básica estatal se han limitado a copiar dichos preceptos legales transcribiéndolos literal-

mente y sin añadir nada más, técnica ésta de reproducción mimética de normas básicas criticada por el Tribunal Constitucional por su inadecuación al sistema de fuentes ya que puede mover a la confusión normativa como ocurre en aquellos casos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose, sin embargo, vigente el que lo reproducía (STC 162/1996, de 17 de octubre, f. J. 3, entre otras). Ciertamente que algunas leyes autonómicas no se han limitado a copiar, incluso, como veremos, han hecho algún desarrollo interesante. No obstante, en lo que hace a la mayoría de edad sanitaria se han limitado a hacer su definición en positivo, no en negativo, sin añadir prácticamente nada. Todas las que se han referido a las excepciones, han copiado literalmente el artículo 9.4.

Sin embargo, la misión de la legislación autonómica de complementación o desarrollo de la básica estatal no es limitarse a copiarla más o menos literalmente, sino la de complementarla, desarrollarla y, en su caso, perfeccionarla cuando sea necesario. Los títulos competenciales al amparo de los que se ha dictado la Ley básica son el artículo 149.1.1 y el 149.1.16 CE. La jurisprudencia constitucional ha delimitado el sentido y alcance del artículo 149.1.1 CE, afirmando que este precepto "más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione -mediante, precisamente, el establecimiento de unas "condiciones básicas" uniformes- el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales" (STC 178/2004, entre otras). Desde una perspectiva de delimitación negativa, ha manifestado que dicho precepto "no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento -eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad", de manera que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada de cada uno de aquellos derechos y deberes. En consecuencia, las Comunidades Autónomas pueden

-
- Ley 2/2002, de 17 de abril, de La Rioja, de Salud, (artículo 6).
 - Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, de Navarra, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, modificada por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril.
 - Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Cantabria, de Ordenación Sanitaria (artículos 31 y 32).
 - Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del País Vasco, de voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad.
 - Ley 1/2003, de 28 de enero, de Valencia, sobre derechos e información al paciente.
 - Ley 5/2003, de 4 de abril, de Baleares, de Salud (artículo 12.6).
 - Ley 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud.
 - Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Andalucía, de declaración de voluntad vital anticipada.
 - Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura, de información sanitaria y autonomía del paciente.
 - Ley 3/2005, de 23 de mayo, de Madrid, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas.
 - Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad.
 - Ley 6/2005, de 7 de julio, de Castilla-La Mancha, sobre la declaración de Voluntades Anticipadas.
 - Ley 1/2006, de 3 de marzo, de Baleares, de Voluntades Anticipadas.

⁴ Véase por toda, M^a A. PARRA LUCÁN, cit. p. 16.

promulgar normas que complementen el régimen de estos derechos en la medida en que tengan competencias al respecto. En cuanto a las normas básicas dictadas al amparo del artículo 149.1.16 CE deben desarrollarlas regulando el amplio espacio reservado a la competencia de la Comunidad Autónoma, espacio de libre conformación, obviamente dentro de las bases, en el que la Comunidad Autónoma plasmará su propia política en la materia. Finalmente, pueden y deben perfeccionar la norma básica regulando convenientemente mediante una exégesis adecuada el auténtico contenido y alcance de los preceptos básicos que resulten confusos o insuficientes, evitando así las dudas interpretativas que generan.

En la materia que nos ocupa, desafortunadamente, no ha sido así. Por tanto, cabe afirmar que, salvo muy concretas excepciones que comentaré, nada ha aportado que mejore la deficiente legislación básica estatal. Consecuentemente con esta apreciación, la ignoraré y me centraré en la básica estatal.

2. El derecho del menor a recibir información sanitaria.

El usuario, que ya no debería denominarse “paciente” sino enfermo, tiene derecho a saber, a saberlo todo sobre su estado de salud y sobre el tratamiento a aplicar y sus consecuencias. Y paciente lo es el mayor y el menor de edad. En consecuencia, la relación clínica médico-menor debe estar hoy alejada del paternalismo basado en la tradición hipocrática en cuya virtud el paciente, en nuestro caso el menor, por su falta de conocimientos debía tener una actitud pasiva y plenamente confiada en el médico. La relación clínica debe ser, no vertical, sino horizontal, en la que haya un fluido proceso de información entre médico y paciente para que este pueda ejercer plenamente su derecho a la autonomía.

Y no cabe duda de que la Ley básica estatal, aunque en el ámbito de la información no haga mención específica del menor, sienta el derecho, no sólo de los menores maduros, sino de todos los me-

nores a recibir suficiente información sobre las actuaciones médicas que se plantea hacer sobre su persona. Información que ha de ser veraz, evitando engaños, expresada en términos que el menor sea capaz de entenderla y asimilarla. Incluso la información ha de darse a los menores de 12 años, si bien obviamente se dará en términos que sean capaces de comprender (por ejemplo, en temas como el calendario vacunal o tratamientos específicos como el de leucemia a un niño de 10 años, o sobre salud sexual y reproductiva a adolescentes de 13 años).

Ya he dicho que la Ley básica estatal se refiere al paciente sin hacer mención especial a los menores. Por el contrario, algunas leyes autonómicas han regulado este derecho de los menores haciendo un auténtico desarrollo legislativo.

Así, la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León, regula el derecho a la información sanitaria de los menores en los siguientes términos:

Artículo 5. 1. Toda persona mayor de 16 años o menor emancipada ha de considerarse capacitada, en principio, para recibir información y tomar decisiones acerca de su propia salud. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, habrán de considerarse capacitados todos los menores que, a criterio del médico responsable de la asistencia, tengan las condiciones de madurez suficiente.

2. Aun cuando la capacidad se encuentre limitada, ha de garantizarse que la aportación de información y la participación en la toma de decisiones sean las máximas posibles en función de las facultades de la persona, sin perjuicio de que dicha capacidad deba ser completada o sustituida, dependiendo del caso, por otra persona o institución.

Por su parte, el artículo 18.2 dispone que

Los menores tendrán derecho a recibir información sobre su salud y sobre el tratamiento médico al que sean sometidos en un lenguaje

adecuado a su edad, madurez y estado psicológico, y en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

3. El derecho del menor maduro a la autodeterminación decisoria sobre su salud.

De los transcritos artículos 9.3, 9.4 y 11.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, pueden extraerse las siguientes reglas generales:

a) Si el menor está emancipado o ha cumplido los dieciséis años de edad aunque siga sometido a la patria potestad, se presume que tiene suficiente madurez para evaluar y decidir sobre el tratamiento médico, razón por la que le corresponde exclusivamente a él dar el consentimiento. Sólo en caso de actuación de grave riesgo los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente, si bien no con carácter determinante. La Ley básica estatal presume la madurez del menor a partir de los dieciséis años de edad, esto es, presume que con esa edad posee una capacidad natural de juicio para comprender y evaluar el acto médico a efectos de aceptarlo o rechazarlo. Por tanto, solamente ante una incapacidad formalmente declarada o ante una razonable apreciación de que, a pesar de haber cumplido los dieciséis años o estar emancipado, carece de madurez suficiente, cuestión ésta que deberá acreditarse suficientemente, es cuando el médico deberá acudir a los padres o representantes legales para suplir tal falta de madurez o de juicio natural.

b) Si el menor ha cumplido doce años y no alcanza los dieciséis, el consentimiento, de entrada, lo prestara el representante legal, los padres normalmente, pero en todo caso deberá ser escuchado previamente y, obviamente, tenida en cuenta su opinión. Esto es lo dice la Ley. Así pues, nada regula respecto del menor entre doce y dieciséis años capaz de comprender el alcance de la intervención. Pues bien, armonizando el artículo 9.3 con el 162 del Código Civil, ha de concluirse que si el menor entre 12 y 16 años es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la actuación médica,

esto es, tiene madurez y capacidad suficiente para entender las consecuencias de la intervención, debe dar personalmente el consentimiento, no pudiendo ser ni sustituido ni complementado con el de sus padres o representantes legales⁵. Y es que debe aceptarse sin reservas que un menor de edad puede tener madurez para prestar el consentimiento informado por sí mismo antes de los dieciséis años⁶. En consecuencia, sólo cabe el consentimiento por representación respecto de los comprendidos entre doce y dieciséis años cuando no sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.⁷

c) Es más, en caso de conflicto entre la voluntad del menor con suficiente capacidad de juicio, tenga la edad que tenga, y la de sus padres o representantes legales, deberá prevalecer la voluntad del menor, en aquellos actos que afecten a la salud, a la vida, a la integridad física, etc. pues estamos ante derechos de la personalidad. No cabe duda de esto en actuaciones en las que no corre peligro la vida del menor (vacuna antigripal, empastes, cirugía estética, etc.). Si corre peligro su vida el tema es más delicado. Luego volveré sobre este punto.

d) Se asienta el criterio de “apreciación sobre la capacidad intelectual y emocional del menor” para comprender el alcance de una actuación médica, como elemento objetivo básico ineludible para, en su caso, acudir al consentimiento por representa-

⁵ Este es el criterio defendido por la mayoría de la doctrina. Así, J. C. GALÁN CORTÉS, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Editorial Colex, Madrid, 1997, p.34, y M. BENAC URROZ, “La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado.” En la obra colectiva *Autonomía del Paciente, Información e Historia Clínica. Estudio sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, p. 94.

⁶ Piénsese que el artículo 7.3 a) del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, exige el consentimiento de los representantes y la comunicación al Ministerio Fiscal, pero también el consentimiento del menor que se someta al ensayo si tiene doce años o más, lo que es un claro reconocimiento de la capacidad del menor.

⁷ No obstante, en general, las leyes autonómicas, que tampoco regulan expresamente el supuesto del menor de entre 12 y 16 años maduro, se inclinan implícitamente por exigir la intervención del representante legal.

ción. Si existen dudas objetivas sobre la madurez del menor, ante la discrepancia entre el menor y sus padres o representante legal en torno a una intervención, si ésta no es urgente será el Juez quien decida⁸ y si lo es el médico podrá actuar contra la voluntad de los padres o representantes legales buscando siempre el beneficio del menor.

e) Es indispensable el consentimiento de los padres o tutores en los supuestos de trasplante de órganos (artículo 4.ª de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos y artículo 156 del Código penal)⁹, esterilización (artículo 156 del Código penal), cirugía transexual (artículo 156 del Código penal), práctica de ensayos clínicos (artículo 7.3 a) del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, que también exige el consentimiento expreso del menor, y artículo 60. 4 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional del medicamento)¹⁰ y práctica de técnicas de reproducción humana asistida (Ley 35/1988, de 2 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre). En todos estos casos, conforme al artículo 9.3 c) también es necesario el consentimiento del menor si es maduro¹¹.

Estas reglas generales extraídas directamente de la exégesis del artículo 9.3 y 4, pueden ser complementadas por referencia a algún pronunciamiento

judicial. Por su enorme valor como pauta interpretativa respecto a la capacidad de los menores de 16 años procede citar y comentar aquí la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, que enjuicia el caso de un niño de 13 años, testigo de Jehová, a quien se intenta transfundir sangre contra su voluntad y contra la opinión de los padres, que finalmente muere. Aunque la transfusión había sido autorizada judicialmente, los médicos no se atrevieron a practicarla al advertir la fuerte y decidida reacción contraria del niño de 13 años, por considerarlo contraproducente. El Tribunal Supremo condenó a los padres por homicidio imprudente al no convencer a su hijo para aceptar la transfusión y ser garantes del mismo, a pesar de que aceptaron la autorización judicial a la transfusión. El Tribunal Constitucional, por el contrario, estimó el recurso de amparo interpuesto por los padres al considerar que no les era exigible una conducta distinta a la que desarrollaron pues lo contrario hubiera vulnerado su derecho a la libertad religiosa. En la ponderación que le corresponde hacer, considera que no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza que el menor fallecido de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, por lo que entiende que la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto a la decisión que ellos debían adoptar. No obstante, el Tribunal hace notar que la reacción del menor a los intentos de actuación médica pone de manifiesto que había en él unas convicciones y una consciencia en la decisión asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a estos. Resulta, pues, evidente el peso que el Tribunal Constitucional da a la opinión y voluntad de un niño de trece años que muestra una convicciones claras respecto a una actuación médica. Ciertamente, el Tribunal no entra a valorar la autonomía de este menor por que no constaba que tuviera suficiente madurez. Pero, a *sensu contrario*, de haberse comprobado madurez suficiente en el menor el Tribunal Constitucional

⁸ El artículo 158.4 del Código Civil permite al Juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Fiscal, dictar la disposición que considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicio. En la práctica, éste es el cauce utilizado por los médicos para solicitar autorización judicial para efectuar una intervención no consentida por los padres.

⁹ Sin embargo, el artículo 20 del Convenio de Oviedo establece la regla de la necesidad de que el consentimiento para extracción de órganos y tejidos para trasplantes lo preste únicamente el propio sujeto cuando tenga plena capacidad para prestar su consentimiento.

¹⁰ Este régimen de autorización no es aplicable al uso compasivo de medicamentos, que en el caso de menores se acomodará al régimen general del artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

¹¹ La Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, no estableció la triple excepción del artículo 9.4 de la Ley básica estatal. Es más, en la modificación operada por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril, al objeto de acomodarla a la básica estatal, tampoco se recogen estas tres excepciones.

hubiera concluido que no quedaba representado por sus padres y que podía decidir por sí solo.

Evidentemente, el problema, más fáctico que jurídico, está en determinar en cada situación concreta si el menor posee juicio natural o madurez suficiente a efectos de valorar si su consentimiento es o no jurídicamente relevante. Esta valoración, con toda su problemática, ha de recaer sobre el médico o el equipo médico. Y es obligado decir que el régimen establecido en la ley estatal ha sido muy criticado por la doctrina jurídica y médica por los muchos interrogantes e incertidumbre que plantea y por la inseguridad que su aplicación genera a los médicos¹². Ya he comentado que es pauta adecuada para enjuiciar la madurez del menor valorar si tiene capacidad intelectual y emocional para comprender las consecuencias de su decisión, esto es, el alcance de la intervención sobre su integridad corporal o sobre su salud, tanto en el ámbito físico como el psíquico, y las eventuales repercusiones sobre su vida futura.

4. La restricción del derecho del menor maduro a formular instrucciones previas y sus excepciones en la legislación autonómica.

Como ya conocemos, la Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, exige la mayoría de edad para otorgar el documento de instrucciones previas. Sorprende esta desigualdad de trato de los menores maduros a los que, de un lado, se les reconoce plena autonomía y capacidad de decisión respecto a intervenciones médico-clínicas y, de otro, se les niega rotundamente capacidad para formular instrucciones previas. En mi criterio, se trata de una desigualdad de trato en la Ley incoherente¹³ y, desde

luego, no justificada (nada dice el preámbulo al respecto). La doctrina científica, en general, se muestra contraria a esta desigualdad de trato en la Ley y postula abiertamente la legitimación de los menores maduros, al menos de los que han cumplido 16 años, para otorgar instrucciones previas¹⁴.

Por el contrario, tres leyes autonómicas desconocen esta determinación de la Ley básica estatal y reconocen capacidad al menor maduro o al emancipado para otorgar el documento de instrucciones previas. La Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, admite que los menores con madurez suficiente puedan suscribir voluntades anticipadas. Según el texto foral, deben otorgar personalmente el consentimiento informado y pueden formular voluntades anticipadas, los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años. Y en caso de menores no emancipados que no hayan cumplido los dieciséis años, el consentimiento debe darlo su representante después de haber escuchado su opinión, en todo caso, si son mayores de doce años. La Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente, de la Generalidad Valenciana, en su artículo 17 también confiere a los menores con 16 años de edad y a los emancipados capacidad para otorgar el documento instrucciones previas. Finalmente, la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Andalucía, de declaración de voluntad vital anticipada, en su artículo 4.1 reconoce el derecho a otorgar el documento a los menores emancipados.

Cabe preguntarse si estas normas autonómicas, en cuanto son contrarias a lo dispuesto en una Ley básica estatal, son inconstitucionales. Analizaré el caso de la Ley Foral.

capacidad para expresar una voluntad que necesariamente, hay que convenir, no tiene por qué formarse de igual manera "a priori", antes de que la persona se encuentre en situación de riesgo vital."

¹² Parte de la doctrina opina que los supuestos de capacidad de lo menores debieron limitarse a los emancipados con emancipación concedida por los padres en escritura pública o por el juez en sentencia, sin incluir al mayor de 16 años no emancipado. De esta forma, a juicio de dicha doctrina, los médicos tendrían menos problemas de interpretación.

¹³ En contra, M^a A. PARRA LUCÁN, cit. p. 19. Entiende que no hay incoherencia ya que dada la proximidad de estas instrucciones a la disposición sobre la propia vida puede explicar que se exija un plus de

¹⁴ Así, por ejemplo, J. L. REGLERO IBÁÑEZ "El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español." La Ley, núm. 5570, 2002. P. 1901., J. PLAZA PANADÉS "La Ley 41/2002, básica sobre Autonomía del Paciente, Información y Documentación Clínica.", Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 562, 2002, pp. 5 y 6, J. I. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, "La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas." Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 2001.

Valorando el contenido de la Ley Foral, de entrada, conviene precisar que su preámbulo expone que la misma se dicta al amparo de las competencias asumidas en los artículos 48 y 53 de la LORAFNA. El artículo 48 se refiere a las competencias en materia de Derecho civil foral. El 53 a las competencias en materia de sanidad e higiene. No precisa en qué competencia se apoya para normar la capacidad de obrar de los menores, pero no cabe duda de que el tema de la capacidad de los menores de edad para dar el consentimiento informado y formular voluntades anticipadas es cuestión atinente a la capacidad de obrar de las personas y, como tal, incardinable en el ámbito civil, por lo que entiendo ha de encajarse en el campo del artículo 48, siendo, pues, una regulación de Derecho civil foral, no de Derecho sanitario. Dos consecuencias cabe extraer del asiento de esta regulación en la competencia asumida en el artículo 48 de la LORAFNA. La primera, que la competencia de Navarra en materia de Derecho civil foral es exclusiva, por lo que la regulación de la capacidad de obrar de los menores contenida en la Ley Foral 11/2002, prevalece sobre la contenida en la Ley 41/2002, ello por tratarse de materias competenciales distintas. La segunda, que el régimen de la Ley Foral 11/2002 será de aplicación a quienes tengan la vecindad civil navarra¹⁵.

5. El derecho del menor maduro a la confidencialidad de sus datos clínicos. La pretendida colisión con el derecho de los padres o tutores a la información sobre esos datos.

Recordemos que el artículo 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.” Al no precisar este precepto legal que el derecho a la intimidad es predica-

ble sólo de las personas mayores de edad, ha de entenderse que también se extiende a los menores maduros. Esta interpretación se confirma cuando se armoniza este precepto con el artículo 9.3 c), in fine, en el que se dispone que sólo en caso de actuación de grave riesgo en el menor maduro, según el criterio del facultativo, se informará a los padres y su opinión será tenida en cuenta.

Así pues, interpretando gramatical y lógicamente esta normativa, la consecuencia parece bastante clara. Si el menor maduro puede prestar su consentimiento por sí mismo, un tercero, aunque sean los padres, no podrá acceder a sus datos e historia clínica sin su previo consentimiento. Esta legislación sanitaria no hace otra cosa que concretar lo que con carácter general establece el artículo 162.2 del Código Civil. En consecuencia, el médico no podrá informar a los padres de la atención prestada al hijo, pues vulneraría el derecho del menor maduro a la confidencialidad e incurriría en violación del deber de secreto profesional. Una Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Leganes así lo ha entendido al declarar que “el padre no tiene derecho a acceder a la historia clínica de su hija de 16 años y su contenido le estaba vedado por contener datos de su hija y por lo tanto ajenos.”

No obstante, debo hacer mención nuevamente al artículo 9.3 c), in fine, en cuanto dispone que en caso de actuación de grave riesgo en el menor maduro, según el criterio del facultativo, se informará a los padres y su opinión será tenida en cuenta. Supone realmente una quiebra de la confidencialidad de los datos que sólo se justifica en supuestos excepcionales en que la actitud del menor haga peligrar seriamente por su vida, lo que incluso podría ser motivo para dudar de la capacidad volitiva del menor, como podría ser el caso de adolescentes anoréxicas, de menores con enfermedades mentales graves que requieran tratamiento farmacológico, o, por ejemplo, haber sufrido lesiones que exijan la correspondiente denuncia por presunto delito de lesiones. Queda a la discrecionalidad del médico responsable apreciar estas circunstancias e informar, en su caso,

¹⁵ Véase en este sentido M^º LUISA ARCOS VIEIRA “*Legislación navarra sobre voluntades anticipadas: en particular, el sujeto otorgante y la formalización del documento.*” Revista Derecho y Salud, Volumen, 12, junio, 2004, p. 80. Véase también J. PLAZA PANADÉS “cit. p. 6,

a los padres en aras de la protección del interés del menor.

Algunas leyes autonómicas también lo han regulado en este mismo sentido. Así, la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente, de Valencia, en su artículo 7. 3. dispone que en el caso de menores, se les dará información adaptada a su grado de madurez y, en todo caso, a los mayores de doce años y que también deberá informarse plenamente a los padres o tutores que podrán estar presentes durante el acto informativo a los menores. Pero seguidamente establece que “*los menores emancipados y los mayores de dieciséis años son los titulares del derecho a la información.*” De donde, en mi criterio, se infiere bastante claramente que los menores emancipados y mayores de dieciséis años en cuanto titulares del derecho podrán exigir al médico que no facilite información a los padres¹⁶.

Sin embargo, esta interpretación no es pacífica. Veamos dos ejemplos.

El Fiscal de menores del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el XVI Congreso de la Sociedad Española de Medicina de Adolescentes, declaró¹⁷ que “el médico no puede ocultar información clínica a los padres de un menor que no ha cumplido dieciséis años y si actúa así sin el conocimiento y consentimiento de ellos, aunque sea a petición del menor, incumple la ley y su actuación incurre en responsabilidad.”

El nuevo Código de Deontología de Médicos de Cataluña, alineándose con la constatada tendencia doctrinal y legal, en su artículo 33 establece que “*El médico, en 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 prevale-*

cer la voluntad del menor.” Pues bien, un conjunto de 112 médicos interpuso recurso contencioso-administrativo contra este artículo y el 59, que más adelante comentaré, y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona, por Auto de 16 de septiembre de 2005, lo ha suspendido cautelarmente por entender que contraviene el derecho de los padres a conocer el consumo de drogas, enfermedades graves o embarazos indeseados de las hijas que estén a su cargo. Razona el Auto que si bien la legislación sobre menores y la de los derechos de los pacientes reconocen el derecho a la intimidad, no se prevé por Ley “la posibilidad de ocultar esta información a los padres o tutores en caso de menores de edad”. En este sentido, el Juez entiende que el ejercicio de la patria potestad necesita una condición previa que es el conocimiento de las situaciones que afecten a los menores que están al cargo, especialmente si se trata de situaciones que comprometen el estado de salud o el futuro del menor. Así, razona que “si los padres no conocen la información, no pueden velar por que la información que reciban los menores sea veraz, ni pueden pedir una segunda opinión médica, ni en general pueden velar por sus hijos.”

La doctrina en general¹⁸, posición en la que personalmente también me sitúo, no comparte el criterio del Fiscal de menores y del Juez. Conforme a la legislación aplicable ya citada basta con que el paciente sea capaz de entender intelectualmente y emocionalmente para que sea él, y nadir más que él, quien deba ser informado. El artículo suspendido 33 es correcto pues no vulnera ni violenta la Ley 41/2002, que reconoce explícitamente la autonomía del menor de 16 años con juicio natural suficiente. Y no sólo no la violenta sino que está en plena ar-

¹⁶ Un comentario a esta regulación en M. J. DOLZ LAGO, “¿Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad?”, La Ley núm. 2744, 2003, pp. 1495 a 1502.

¹⁷ Véase Diario Médico de 27 de abril de 2005.

¹⁸ Véase, por toda, “Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia” elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2002, pp. 14 y 15 y A: DE LAMA AYMÁ “La confidencialidad en el ámbito médico; aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad.”, InDret. Revista para el Análisis del Derecho, núm. 2/2006, núm. 347, (www.indret.com) pp. 12 y 13, así como los autores citados en el trabajo, y R. URIOSTE UGARTE, en Diario Médico de 10 de abril de 2006.

monía con la misma. Si al Juez no le gusta esto lo que, en todo caso, tendría que hacer es plantear cuestión de inconstitucionalidad de los respectivos preceptos de la Ley 41/2002 antes de hacer una interpretación forzada de la misma al objeto de anular el artículo 33. En definitiva, si la Ley reconoce al menor de 16 años maduro la “mayoría de edad sanitaria”, prevalecerá el derecho del menor a decidir que no se informe a sus padres sobre el derecho de los padres, aunque en general todavía ejerzan la patria potestad, a pedir y recibir información sanitaria.

Como acertadamente apunta A. DE LAMA AYMÁ¹⁹ lo habitual es que el menor maduro permita que se informe a los padres, pero el problema se presenta cuando el menor maduro se opone expresamente a que se comunique su situación médica a sus padres. Entonces, si no se respeta su opción, además de vulnerarse la normativa aplicable, puede resultar seriamente perjudicial para el menor en la medida en que puede mostrarse reticente o contrario a acudir al médico y a revelarle la información necesaria para el tratamiento ante el temor de que se informe a los padres (temas como relaciones sexuales, enfermedades venéreas, drogas, etc.). En estos casos, no cabe duda de que, no ya desde un punto de vista jurídico, sino médico-sanitario, debe prevalecer la confidencialidad por ser más beneficioso para el menor²⁰. Únicamente estará justificado no respetar el derecho a la confidencialidad del menor maduro cuando actúe poniendo en grave riesgo su salud (artículo 9.3.c Ley 41/2002) de una forma un tanto irrazonable, lo que, además, hará dudar seriamente de que realmente tenga el grado de madurez necesario.

¹⁹ “La confidencialidad en el ámbito médico; aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad.”, InDret. Revista para el Análisis del Derecho, núm. 2/2006, p. 10.

²⁰ Esta es también la opinión plasmada en el “Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia” elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2002, p.9.

6. El derecho de los adolescentes a recibir información y educación para la salud sexual y la inexistente colisión con los derechos a la libertad ideológica y religiosa de sus padres.

La función de educación no debe tener como ámbito exclusivo lo relacionado con las enfermedades. También debe abarcar el conocimiento de los modos o técnicas que permitan al ciudadano disfrutar adecuadamente de todas sus posibilidades como ser humano, entre ellas, su sexualidad y su capacidad para adoptar competentemente decisiones relativas a la planificación familiar, pues también se integran en el amplio concepto de salud.²¹ Desde esta óptica, los receptores directos de campañas personalizadas de información sexual y de las técnicas de planificación familiar -por ejemplo, embarazos no deseados- pueden ser los menores de edad.

La supuesta colisión entre el derecho de los padres a dar a sus hijos una formación moral determinada y el deber de los poderes públicos de educar sobre la salud y, por ende, sobre la sexualidad, con la prevalencia de aquél sobre éste, ha sido negada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 12 de julio de 1993, -RJ 5633-, y de 8 de noviembre de 1996, -RJ/1997/940-, donde ha dicho que este tipo de información no constituye vulneración de los derechos fundamentales relativos a la libertad ideológica y religiosa y a los derechos de los padres respecto a la educación de sus hijos. En suma, son ámbitos que, lejos de excluirse, se complementan puesto que la Constitución no los ha establecido en jerarquía axiológica.

En parecidos términos también se han planteado problemas con determinadas campañas públicas sobre información de métodos dirigidos a prevenir enfermedades de transmisión sexual, en particular el SIDA y la Hepatitis B, dirigidas a adolescentes y preadolescentes, por cuanto algunas instituciones o colectivos han entendido que tales campañas vulneran o infringen los derechos a la libertad ideológica

²¹ Definida por la OMS como el completo estado de bienestar físico, mental y social.

(art. 16.1 de la CE) y el de los padres a que sus hijos reciban una formación moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 de la CE).

Pues bien, esa invocada conflictividad o colisión de derechos con prevalencia del de los padres ha quedado zanjada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 141/2000, de 29 de mayo, cuando en su fundamento quinto, al analizar el supuesto derecho de los padres a dirigir y controlar las creencias y opciones de sus hijos, manifiesta lo siguiente:

Desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 octubre; 60/1995, de 17 de marzo; y 134/1999, de 15 de julio, y STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann).

En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella

misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE).

Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/1992 de 8 de julio), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores.

Así, el art. 14 de la Convención de Derechos del Niño dispone que «los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión». Añadiendo en sus apartados 2 y 3 que «los Es-

tados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades» y «la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás» (apartados 25 y 27 del ap. 8 de la Resolución relativa a la Carta Europea).²²

Y en este contexto, también merece la pena citar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de diciembre de 1976 -TEDH 1976/5- que pronunciándose respecto a la obligatoria enseñanza y educación sexual de los adolescentes, concluye que la misma no vulnera la libertad de conciencia y de religión, ni la vida privada y familiar, de los demandantes.

IV. SUPUESTOS ESPECIALES.

1. La interrupción voluntaria del embarazo.

En la medida en que cada vez son más frecuentes los casos en que la interrupción del embarazo es solicitada por mujeres menores de dieciocho años de edad, un epígrafe específico se merece este tema.

Para la interrupción voluntaria del embarazo el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 sienta aparentemente una regla más restrictiva que la general relativa a la mayoría de edad sanitaria. Dispone que se regirá por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. No obstante, preciso es señalar que en cuanto existen disposiciones especiales de aplicación, necesariamente ha de anudarse la capacidad de la menor madura en la interrupción voluntaria del embarazo con las mismas.

Y, en efecto, ya sabemos que con relación a lo establecido con carácter general en la legislación civil sobre la mayoría de edad, dispone el artículo 162 del Código Civil que el menor con madurez suficiente puede ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad. A su vez, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 2.2 hace primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, a la par que establece que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva. En línea similar, el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997. Por su parte, el artículo 417 bis del antiguo Código Penal, que sigue vigente, se limita a establecer que el aborto requerirá consentimiento expreso de la mujer embarazada. Al no precisar más, la doctrina en general²³ ha entendido que se refiere a la mujer embarazada sin distinción de que sea mayor o menor de edad, por lo que la menor deberá consentir el aborto por sí misma, siempre que tenga capacidad natural.

Pues bien, si resulta que la norma penal no exige la mayoría de edad para consentir la interrupción voluntaria del embarazo, la norma civil hace referencia a la capacidad natural como criterio suficiente para ejercer los derechos de la personalidad, la norma general reguladora de la protección del menor exige que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpreten siempre de forma restrictiva, y la normativa internacional sobre los derechos humanos en la aplicación de la biotecnología y la medicina potencia decididamente la capacidad del menor maduro, resulta también obligado concluir que la menor de edad con madurez suficiente puede consentir por sí misma la interrupción voluntaria del embarazo, debiéndose, además, respetar la confidencialidad si así lo exige la menor. Éste es el criterio asumido por buena parte de la

²² En similares términos la STC 154/2002, de 18 de julio.

²³ Por toda, C. PÉREZ DEL VALLE, *Comentarios al Código Penal*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1999, p. 335 y M^a J. SÁNCHEZ MORÓN, *Incapitados y derechos de la personalidad. Tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 165.

doctrina²⁴. Así, por ejemplo, PARRA LUCÁN²⁵ al hablar del aborto de la menor de edad y a la vista de la citada legislación afirma que “cuando la mujer tenga madurez suficiente para conocer la trascendencia de la intervención, su consentimiento es insustituible, es decir, no cabe representación de los padres.” Y ante la pregunta de si atendiendo a las funciones de guarda y el deber de velar por la menor, como contenido propio de la patria potestad, además del consentimiento de la menor debería requerirse también el de los padres o tutor, esta prestigiosa autora responde que “no es segura, sin embargo, esta solución. El artículo 162 se centra en la madurez de la propia menor y, posiblemente, la solución preferible sea entender que, teniendo discernimiento suficiente, basta su propio consentimiento.”

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre la despenalización de supuestos de aborto, en su fundamento jurídico 14 dijo:

En cuanto a la forma de prestar el consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el Derecho privado, sin perjuicio de que el legislador pueda valorar si la normativa existente es adecuada desde la perspectiva penal cuestionada.

Así pues, lo establecido en el artículo 162 del Código Civil. En este sentido, también importa citar por su valor como pauta interpretativa, aunque no se refiere directamente a las madres menores de edad, el fundamento jurídico 13 de la citada Sentencia 53/1985 en el que afirma lo siguiente:

13. Consideran los recurrentes que el consentimiento en los supuestos previstos en los números 1 y 3 del artículo 417 bis del Código

²⁴ Además de los autores citados en la nota anterior, entre otros muchos cabe citar “Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia” elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2002, p.14.

²⁵ *La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español*, en Aranzadi Civil, núm. 2/2003, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 17 y 18.

Penal, en la redacción dada por el proyecto, no debería corresponder únicamente a la madre y hacen especial referencia a la participación del padre, estimando que la exclusión de éste vulnera el artículo 39.3 de la Constitución

El Tribunal entiende que la solución del legislador no es inconstitucional, dado que la peculiar relación entre la embarazada y el nasciturus hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla.

Recientes pronunciamientos judiciales también se sitúan en línea con el criterio doctrinal expuesto. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 20 de abril de 2002 -ARP 507-, aunque enjuicia el caso de una menor de 16 años que vivía con independencia de sus padres y por lo tanto emancipada de facto, respecto de la que afirma la validez de su consentimiento para la práctica de un aborto y niega que haga falta el de los padres, desarrolla un razonamiento del que, en mi criterio, se infiere claramente que el órgano judicial asume la doctrina citada. Razona lo siguiente:

Debe recordarse que el artículo 144 del Código Penal habla del consentimiento sin establecer mayor especificación por lo que deberá acudir a otras normas, las civiles fundamentalmente, para integrar las exigencias de aquél cuando, como en el caso presente, nos encontramos ante una menor de edad en los términos del artículo 315 del Código Civil. Entendemos que, con independencia de la contundencia de esta norma y de lo que dispone el artículo 154 del mismo cuerpo legal, las exigencias precisas deben estar en consonancia con un hecho innegable cual es que mucho antes de cumplir los 18 años la mujer puede concebir y, consiguientemente, estar en alguno de los supuestos en que es precisa la interrupción del embarazo, lo que debe encontrar la respuesta adecuada a través de las excepciones que a la representación de los hijos por los padres establece el artículo 162.1 del repetido Código.

Incluso empieza a surgir legislación que así expresamente pretende regularlo. El proyecto de Ley de derechos de la persona, de Aragón, en su artículo 5 disponía lo siguiente:

Artículo 5.- Interrupción voluntaria del embarazo.

1. En los casos permitidos por la Ley, la interrupción voluntaria del embarazo de la menor que tenga suficiente juicio sólo requiere su consentimiento.

2. Si no tiene suficiente juicio, dicha interrupción sólo será posible cuando lo exija el interés de la menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

3. Si la embarazada es una persona mayor de edad no incapacitada que no está en condiciones de decidir por sí misma, dicha interrupción requiere siempre autorización judicial.

No obstante, durante la tramitación parlamentaria, por razones de oportunidad, no de legalidad, esto es, no en razón al contenido del precepto, se ha decidido excluir este precepto de la Ley. No puedo sino alabar la posición del Gobierno de Aragón al incluir el artículo en su proyecto por cuanto, en mi criterio, se sitúa en la ortodoxia jurídica al armonizar perfectamente con la legislación general aplicable y por cuanto de clarificador tiene respecto de la controversia, más ideológica que jurídica, existente sobre esta cuestión.

El nuevo Código de Deontología de médicos de Cataluña, además del artículo 33 estudiado en el epígrafe anterior, también incorpora el artículo 59 del siguiente tenor *“el médico no practicará nunca 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.”*

Sin embargo, al igual que el artículo 33 relativo a la confidencialidad, el mismo conjunto de 112 médicos interpuso recurso contencioso-administrativo contra el artículo 59 y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 122 de Barcelona también lo ha suspendido cautelarmente por entender que contraviene el derecho de los padres a conocer el consumo de drogas, enfermedades graves o embarazos indeseados de las hijas que estén a su cargo. Razona el Auto de suspensión que la Ley 41/2002 impone en todo caso para los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo la aplicación de la normativa sobre la mayoría de edad, de forma que la intervención de los padres resulta obligada.

Respecto de este posicionamiento del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona, no me cabe sino rechazarlo con similares argumentos a los esgrimidos en el epígrafe anterior, a los que me remito.

2. El derecho fundamental del menor de edad a la libertad religiosa y a la integridad física. Su relevancia a efectos de su oposición a un tratamiento médico.

Para el estudio de esta cuestión es imprescindible referirse a la impecable doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 154/2002, de 18 de julio, a la que ya me he referido antes. Con ocasión de la negativa de un niño de 13 años a recibir una transfusión de sangre, elabora una acabada y ejemplar doctrina en la que afirma sin fisura alguna la titularidad de los menores de edad a la libertad de conciencia religiosa y a la integridad física y, como consecuencia, la relevancia que su opción personal tiene frente a actuaciones y tratamientos médicos sobre su persona.

Respecto a que el menor es titular del derecho a la libertad religiosa y a la integridad física expone lo siguiente:

Partiendo del genérico reconocimiento que el art. 16.1 CE hace, respecto de los derechos y libertades que contempla, a favor de «los individuos y las comunidades», sin más especifica-

ciones, debe afirmarse que los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa y de culto. Confirma este criterio la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de desarrollo de dicho precepto constitucional, que reconoce tal derecho a «toda persona» (art. 2.1).

Esta conclusión se ve confirmada, dados los términos del art. 10.2 CE, por lo dispuesto en la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 31 de diciembre de 1990), en cuya virtud quedan los Estados parte obligados al respeto del «derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» (art. 14.1), sin perjuicio de «los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades» (art. 14.2). Asimismo, prescribe el art. 14.3 de dicha Convención que «la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

En el plano interno, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en esta misma línea, sanciona toda posible discriminación de los menores (de dieciocho años) por razón de religión (art. 3) y les reconoce explícitamente «derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión» (art. 6.1), cuyo ejercicio «tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás» (art. 6.2). En relación con este derecho dispone igualmente el art. 6.3 que «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

En relación con todo ello, hemos dicho en la STC 141/2000, F. 5, que «desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)». (...).

En el caso traído a nuestra consideración el menor expresó con claridad, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico. Es éste un dato a tener en cuenta, que en modo alguno puede estimarse irrelevante y que además cobra especial importancia dada la inexistencia de tratamientos alternativos al que se había prescrito

Ahora bien, lo que fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional

como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE).

Sentada por el Tribunal Constitucional la titularidad por los menores de edad de esos derechos, seguidamente aborda la relevancia que puede tener la oposición manifestada del menor al tratamiento prescrito (transfusión de sangre). Y, al respecto, señala lo siguiente:

Es cierto que el Ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad. (...) Así, los actos relativos a los derechos de la personalidad (entre los que se halla precisamente el de integridad física), de los que queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres en cuanto titulares de la patria potestad, según explícitamente proclama el art. 162.1 del Código civil. (...).

Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto -como el ahora contemplado- que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable.

De las consideraciones precedentes cabe concluir que, para el examen del supuesto que se plantea, es obligado tener en cuenta diversos extremos. En primer lugar, el hecho de que el menor ejerció determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, el valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor: según hemos declarado, la vida, «en su dimensión objetiva, es "un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional" y "supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible". En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: tal decisión reviste

los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida.

En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza -y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas- que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar.

Pero ello no obstante, es oportuno señalar que la reacción del menor a los intentos de actuación médica -descrita en el relato de hechos probados- pone de manifiesto que había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos.

En fin, la claridad y limpieza del discurso seguido por el Tribunal Constitucional exime de explicaciones complementarias por mi parte.

3. El derecho de la menor madura a la prescripción y dispensación de la píldora postcoital.

Desde el punto de vista médico-científico está acreditado que la píldora no es un abortivo sino un anticonceptivo. Así pues, el tema es bastante simple.

Si la menor tiene cumplidos dieciséis años su consentimiento es suficiente para la prescripción. Si es menor de dieciséis años el facultativo deberá valorar su capacidad o madurez. Si la considera suficiente podrá prescribirla. Si no la considera suficiente, algo que deberá apreciarse de una forma

patente, evidente por llamativa -no bastando una mera apreciación subjetiva o simple sospecha-, deberá solicitar el consentimiento de los padres o tutor²⁶.

Quizás, mayor problema presenta la dispensación, toda vez que un buen número de farmacéuticos hacen objeción de conciencia al respecto. El tema parece que, de momento, se salva dispensándola directamente en los centros de salud, incluso por el personal de enfermería, si bien aquí también algún facultativo hace objeción de conciencia.

²⁶ Sin embargo, no siempre se aplica este régimen. Por ejemplo, ante la dispensación gratuita de la píldora postcoital en los centros de salud del Ayuntamiento de Madrid a jóvenes de entre 12 y 16 años se requiere el consentimiento paterno, mientras que por debajo de 12 años se debe comunicar la situación al Juez de Guardia.

Sobre esta temática puede verse el extenso informe del Justicia de Aragón de 5 de mayo de 2006.