

HUMANITAS

HUMANIDADES MEDICAS

TEMA
DEL MES
ON-LINE

MINORÍA DE EDAD
Y ABORTO: ALGUNAS
CONSIDERACIONES SOBRE
CONSENTIMIENTO
Y CONFIDENCIALIDAD

Sergio Romeo Malanda



Director: Prof. Mario Foz

N.º 28, Junio de 2008
ISSN: 1886-1601

HUMANITAS

HUMANIDADES MEDICAS

TEMA
DEL MES
ON-LINE

N.º 28, Junio de 2008

Director

Prof. Mario Foz Sala

Catedrático de Medicina. Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Barcelona

Consejo Asesor

Dr. Francesc Abel i Fabre

Director del Instituto Borja de Bioética (Barcelona)

Prof. Carlos Ballús Pascual

Catedrático de Psiquiatría. Profesor Emérito de la Universidad de Barcelona

Prof. Ramón Bayés Sopena

Catedrático de Psicología. Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Barcelona

Dr. Marc Antoni Broggi i Trias

Cirujano. Miembro del Comitè Consultiu de Bioètica de Catalunya

Prof. Edelmira Domènech Llaberia

Catedrática de Psicología. Departamento de Psicología de la Salud y Psicología Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Prof. Sergio Erill Sáez

Catedrático de Farmacología. Director de la Fundación Dr. Antonio Esteve. Barcelona

Dr. Francisco Ferrer Rusalleda

Médico internista y digestólogo. Jefe del Servicio de Medicina Interna del Hospital de la Cruz Roja de Barcelona. Miembro de la Junta de Govern del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona

Dr. Pere Gascón

Director del Servicio de Oncología Médica y Coordinador Científico del Instituto Clínico de Enfermedades Hemato-Oncológicas del Hospital Clínic de Barcelona

Dr. Albert Jovell

Médico. Director General de la Fundación Biblioteca Josep Laporte. Barcelona. Presidente del Foro Español de Pacientes

Prof. Abel Mariné

Catedrático de Nutrición y Bromatología. Facultad de Farmacia. Universidad de Barcelona

Prof. Pere Puigdomènech

Director del Laboratorio de Genética Molecular Vegetal CSIC-IRTA. Barcelona. Miembro del Grupo Europeo de Ética de las Ciencias y Nuevas Tecnologías (EGE)

Prof. Jaume Puig-Junoy

Catedrático en el Departamento de Economía y Empresa de la Universidad Pompeu i Fabra. Miembro del Centre de Recerca en Ecomia i Salut de la Universitat Pompeu i Fabra de Barcelona

Prof. Ramón Pujol Farriols

Experto en Educación Médica. Servicio de Medicina Interna. Hospital Universitario de Bellvitge. L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona)

Prof. Celestino Rey-Joly Barroso

Catedrático de Medicina. Universidad Autónoma de Barcelona. Hospital General Universitario Germans Triás i Pujol. Badalona

Prof. Oriol Romaní Alfonso

Departament d'Antropologia, Filosofia i Treball Social. Universitat Rovira i Virgili. Tarragona

Prof. Carmen Tomás-Valiente Lanuza

Profesora Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia

Dra. Anna Veiga Lluch

Directora del Banco de Células Madre. Centro de Medicina Regenerativa de Barcelona

COMENTARIO EDITORIAL

Carmen Tomás-Valiente Lanuza

*Profesora Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho.
Universidad de Valencia*

Sin duda alguna, la cuestión objeto del artículo que presentamos ha de tacharse de, cuando menos, “incómoda”. Si el aborto resulta siempre una realidad *per se* indeseable, y una experiencia como mínimo desagradable y muchas veces hasta traumática para quien la sufre, tanto más lo es para una adolescente. Sin embargo, por muy lamentable que esto sea, la interrupción voluntaria del embarazo en jóvenes y adolescentes de menos de 18 años constituye una innegable realidad sociológica, que de hecho ha ido en progresivo aumento en los últimos años¹. La pregunta que se nos plantea parece entonces sencilla, aunque (como el lector podrá comprobar de inmediato) no lo sea en absoluto averiguar su respuesta: ¿puede una menor de edad consentir válidamente la interrupción de su embarazo, o resulta necesario que dicho consentimiento sea prestado por sus representantes legales? Por supuesto que la pregunta nos coloca (también) ante un dilema ético de primera magnitud, que en absoluto puede desconocerse; pero lo cierto es que, al margen de sus muchas implicaciones de esta índole, la respuesta sobre lo que “puede” y “no puede” hacerse ha de encontrarse en el Derecho positivo, esto es, en las normas vigentes. Es cierto que el Derecho no puede pretender regular exhaustivamente todos los aspectos de la vida en sociedad, y mucho menos en ámbitos como el de la práctica sanitaria, en la que los profesionales se enfrentan a diario con una realidad enormemente diversa y rica en matices, poco apta para verse totalmente constreñida por las normas jurídicas; pero en este caso sí nos encontramos ante un dile-

ma de gran relevancia, lo suficientemente frecuente como para que el ordenamiento jurídico haya de ofrecer una respuesta concreta (lo que en modo alguno impediría que fuera matizada y flexible, esto es, que atendiera a las posibles diferencias entre unos y otros casos), que aporte a los profesionales la necesaria seguridad jurídica sobre la legalidad de sus actuaciones.

Pues bien, desgraciadamente, el ordenamiento jurídico español dista mucho de ofrecernos una regulación clara sobre la capacidad legal de las menores de edad para consentir una interrupción del embarazo; de hecho, puede decirse que el legislador no sólo ha perdido la excelente oportunidad de aclarar tan importante extremo que le brindaba la promulgación de la Ley de Autonomía de los Pacientes de 2002, sino que, bien al contrario, el precepto que dicha norma dedica a la cuestión ha venido a crear -gracias a su lamentable redacción- una enorme confusión al respecto. De ahí la necesidad de trabajos como este excelente artículo del profesor Sergio Romeo Malanda, penalista de una profunda formación en temas relacionados con Derecho y Biomedicina, que aborda el problema de frente, desbrozando la confusa normativa vigente para tratar de identificar la solución más acorde con la verdadera voluntad legal y más coherente con el resto del ordenamiento jurídico (especialmente con la arriba citada Ley de 2002, pues el problema del consentimiento a un aborto no deja de ser una manifestación específica de la cuestión genérica relativa a la capacidad de los menores de consentir o rechazar intervenciones sanitarias). En dicho

análisis, y creo que es conveniente insistir sobre este punto, el autor pretende desentrañar lo que la ley *realmente dice* (a su entender, que la mujer menor de 18 años no puede consentir el aborto válidamente), tarea a la que consagra la mayor parte del trabajo y que obviamente no ha de confundirse con *la valoración* (poco favorable) que dicha voluntad legal le merece.

La interpretación ofrecida por el profesor Romeo Malanda sobre lo que *la ley dice* puede o no ser compartida; de hecho, un importante sector de la doctrina española difiere de ella, proponiendo una interpretación según la cual nuestro Derecho sí admite como válido el consentimiento de las menores al aborto (postura por cierto analizada y criticada en profundidad en el trabajo); pero en cualquier caso, lo que resulta enormemente interesante es ir vislumbrando, de la mano del autor, las repercusiones que se derivan de exigir la intervención y consentimiento de los representantes legales: ¿qué ocurre, por ejemplo, si éstos se niegan a consentir un aborto cuando la continuación del embarazo supone un claro peligro para la salud o la vida de la gestante?, ¿y, en el caso inverso, en el que sea la menor la que no quiere abortar a pesar de tratarse de un embarazo de alto riesgo para ella? ¿Qué soluciones ofrece nuestro Derecho para esos casos especialmente conflictivos? Con una argumentación impecable, y en un lenguaje sencillo, perfectamente apto también para los no juristas, el autor va desgranando los supuestos más problemáticos de conflicto entre la voluntad de la menor y la de sus representantes legales.

En cualquier caso, y fuera ya de los supuestos extremos en los que previa intervención judicial podría llegar a prescindirse de la voluntad de los representantes (por ejemplo en el caso que acaba de citarse en el que éstos se niegan a consentir un aborto cuando el embarazo pone a la menor en situación de claro peligro), hemos de tener presente la implicación fundamental de exigir su consentimiento para poder practicar legalmente la interrupción del embarazo: y nos guste o no, la consecuencia es que si los representantes se negaran a pesar de que la menor quisiera abortar (y es perfectamente concebible que lo hicieran, por ejemplo, por motivos religiosos que la menor no tiene en absoluto por qué compartir), *se estaría obligando a la gestante a ser madre en contra de su voluntad, e imponiéndole, de este modo, las enormes consecuencias que la maternidad implica*. Si ésta es realmente la opción elegida por nuestro legislador, parece, desde luego, más que discutible. Pero ése (el de lo que la ley *debería decir*, y las posibles modificaciones que convendría introducir en la regulación actual) es ya otro tema, que sin duda podría ser objeto de muchos trabajos tan interesantes como el que presentamos.

¹ Puede consultarse al efecto el informe del Ministerio de Sanidad “La interrupción voluntaria del embarazo y los métodos anticonceptivos en jóvenes”, que recoge datos estadísticos entre los años 1990 y 2004 (disponible en www.msc/novedades/docs/interrupción2006.pdf).



Sergio Romeo Malanda

CURRICULUM VITAE

FORMACIÓN Y TÍTULOS ACADÉMICOS

- Licenciado en Derecho en el año 1999 (Universidad de Deusto, Bilbao), donde obtuvo el Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Penal.
- Doctor en Derecho por esta misma Universidad en 2005 con una tesis titulada “Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal: consideraciones político-criminales y consecuencias dogmáticas”, aprobada con la calificación de sobresaliente cum laude.
- Para completar su formación académica ha realizado varias estancias de investigación en la Universidad de Regensburg (Alemania) y en el Instituto Max Plank de Derecho penal extranjero e internacional (Friburgo, Alemania).
- Entre los años 2006 y 2008 ha disfrutado de un contrato de investigación postdoctoral en el Centre for Law and Genetics de la Universidad de Tasmania (Hobart, Australia).

ACTIVIDAD PROFESIONAL

- Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
- Miembro de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, donde ha desempeñado labores de docencia e investigación.
- Profesor del Master Interuniversitario de Bioética (Universidad del País Vasco, Universidad de La Laguna, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Universidad de Zaragoza y Universidad Rovira y Virgili de Tarragona).
 - Profesor honorario de la Universidad Católica Santa María de Arequipa (Perú).
- Ha participado como ponente en varios Congresos, Seminarios y otros foros nacionales (Madrid, Barcelona, Tarragona, Burgos, Gijón, Cuenca, entre otros) e internacionales (Venezuela, Perú, Brasil, Reino Unido, Tailandia, Australia).
- Es miembro del comité editorial de la “Revista de Derecho y Genoma Humano/Law and the Human Genome Review”, editada por la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, así como miembro del Consejo Asesor de la “Revista de Debate Jurídico LEX”, editada por el Instituto de Investigación y Desarrollo de Ciencias Jurídica y Política “Carlos María Romeo Casabona”.

ACTIVIDAD INVESTIGADORA

- Participa en varios proyectos de investigación financiados por el Gobierno Vasco, Ministerio de Educación y Ciencia y Comisión Europea.
- Sus principales líneas de investigación están centradas en diferentes cuestiones relativas al Derecho biomédico (con un especial interés por la cuestión de los menores de edad), Derecho genético y Derecho penal, sobre los cuales es autor de varios trabajos publicados en diferentes países e idiomas.

PUBLICACIONES

Libros

- Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal. Consideraciones político-criminales y consecuencias dogmáticas. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2006.

- La Etica y el Derecho ante la biomedicina del futuro. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006 (junto con Carlos M. Romeo Casabona, Aitziber Emaldi Cirión, Leire Escajedo San Epifanio, Pilar Nicolás Jiménez y Asier Urruela Mora).

Capítulos de libros

- Contravención de lo dispuesto en el Convenio (Capítulo VIII) y Relación del presente Convenio con otras disposiciones (Capítulo IX). En: Carlos María Romeo Casabona (ed.). El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español. Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2002.
 - La relevancia jurídico-penal de la conducta de la víctima en el delito de estafa. En: Libro Homenaje a José María Lidón Corbi. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.
 - La incidencia de la genética en el derecho (humano) al matrimonio. En: Carlos María Romeo Casabona y María Patricia Castaño de Restrepo (coords.). Derecho, Genoma Humano y Biotecnología. Editorial Temis, Bogotá, 2004.
- Bioseguridad: la evolución del derecho comunitario y su recepción en el ordenamiento jurídico español. En: Bioética y Derecho. Consejo General del Poder Judicial-Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2004.
 - Efectos jurídicos de la contravención por parte de las Comunidades autónomas de la legislación básica estatal en materia de derechos de los pacientes. En: José María Vidal Beltrán, Miguel Ángel García Herrera (coords.). El Estado Autonómico: integración, solidaridad, diversidad, Volumen II. Colex-INAP, Madrid, 2005.
 - Non-treatment of severely disabled newborns and criminal liability under Spanish law. En: Charles Erin, Suzanne Ost (Eds.). The Criminal Justice System and Health Care. Oxford University Press, 2007.
 - El aborto criminológico derivado de una reproducción asistida no consentida: estudio comparativo entre los ordenamientos jurídicos español y peruano, en Temas de Derecho Penal, En Homenaje a Luis Guillermo Cornejo Cuadros (Dir. Julio Armaza Galdos), Editorial Adrus, Arequipa, 2008.

Artículos doctrinales

- El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario. Diario La Ley, Vol. 7 (2000).
- La ley penal aplicable a los delitos cometidos en el espacio ultraterrestre y a bordo de vehículos espaciales. Actualidad Penal, nº 34, 2001.
- Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes. Diario La Ley, Vol. 1, (2003).
 - La nueva normativa española sobre derechos de los pacientes: aciertos y desaciertos. Revista Jurídica del Perú, nº 43, 2003.
- Algunas cuestiones de Derecho médico en España en los albores del siglo XXI. Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal, Volumen: nº 7 (2) – 8 (1), Diciembre 2002-Junio 2003.
- Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Actualidad de Derecho Sanitario, nº 102/103, 2004.
 - Las células y tejidos humanos en el Derecho Comunitario. Comentario a la Directiva comunitaria 2004/23/CE sobre células y tejidos humanos y su repercusión en el ordenamiento jurídico español. Revista General del Derecho Europeo, nº 6, 2005.
- Las eximentes por analogía en el Código penal español de 1995. Especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto. Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 16, 2005.
- Responsabilidad penal por la omisión de tratamientos médicos a recién nacidos gravemente discapacitados (a la vez, una reflexión sobre el concepto de nacimiento en el ordenamiento jurídico español). Derecho y Salud, nº 1, 2006.
 - Los delitos genéticos: ¿función preventiva o función (meramente) simbólica? Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 60, 2006.
 - Protection of Genetic Data in Medical Genetics: A Legal Analysis in the European Context. Revista de Derecho y Genoma Humano/Law and the Human Genome Review, nº 27, 2007 (junto con Dianne Nicol).
- Pharmacogenetic testing: Legal considerations for consent, privacy and disclosure. Personalized Medicine, Vol. 5-2, 2008 (junto con Dianne Nicol).
 - La utilización de materiales biológicos humanos con fines diagnósticos y terapéuticos. Estudios de Deusto, Vol. 56/1, 2008.

MINORÍA DE EDAD Y ABORTO: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE CONSENTIMIENTO Y CONFIDENCIALIDAD

RESUMEN

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 (LAP) incluye por primera vez nuestro ordenamiento jurídico el tratamiento jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario (art. 9.3.c).

Aunque son varias las cuestiones que se plantean respecto a la capacidad de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito biomédico, una de las que ha suscitado un mayor debate es la que se refiere a la capacidad de decisión de las menores respecto al libre ejercicio de su sexualidad y ante un eventual embarazo, así como el papel que, en su caso, corresponderá desempeñar a sus representantes legales. Aunque la LAP ha resuelto alguno de los problemas existentes antes de su aprobación, no ha impedido la discusión sobre los derechos sexuales y reproductivos de las menores de edad.

Según se desprende del art. 9.3.c) LAP, el paciente menor de edad que sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención podrá consentir ésta por sí mismo. 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 precepto resulta trascendental en relación con el aborto, y son diversas las posturas que se mantienen sobre su significado.

Para ciertos sectores sociales y de la doctrina científica, la regulación contenida en la LAP (en especial, su art. 9.4) no impide entender que las menores de edad embarazadas que deseen abortar, siempre dentro del marco legal previsto en la legislación penal, están plenamente capacitadas para tomar la decisión por sí mismas, siempre que éstas tengan 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 manifestara, o si la intervención supusiera un grave riesgo para su salud, tal y como se desprende del art. 9.3 LAP.

Quienes mantienen esta postura otorgan una importancia esencial a la remisión a la mayoría de edad “con carácter general”. Así, según estos autores, ello permitiría mantener la operatividad de las disposiciones civiles que reconocen disponibilidad al menor en el ejercicio de derechos personalísimos.

Para otro sector de la doctrina jurídica (con el que coincidimos), en cambio, la referencia que el art. 9.4 LAP hace a la mayoría de edad debe ser interpretada

en el sentido de que éste recoge una excepción expresa a la regla general de capacidad natural de juicio prevista en el art. 9.3 LAP.

El legislador habría querido poner de manifiesto con este precepto que la regla de la capacidad general de los menores con suficiente capacidad de juicio no resulta aplicable en todos los casos y que en determinados supuestos, por su importancia, debe requerirse, en todo caso, la mayoría de edad. Con la referencia a la mayoría de edad, el art. 9.4 LAP quiere exigir que quienes se sometan a las prácticas en él referidas tengan una edad superior a los dieciocho años, y en caso contrario exigir la intervención, en su caso, de sus representantes legales.

Por otra parte, según la LAP, en principio es el paciente el destinatario de la información y existe un deber de confidencialidad por parte del médico, el cual debe respetarse cuando se trata de un paciente menor de edad pero con suficiente capacidad de juicio. Este criterio resulta plenamente aplicable a la información en materia de sexualidad y reproducción. Esto es claro en el caso de menores mayores de dieciséis años y emancipados (cfr. art. 9.3.c) LAP), pero por debajo de esa edad, ante cierto tipo de situaciones, el médico puede dudar de la capacidad del menor de edad, caso en el cual podrá exigir la intervención paterna y transmitir la información, o bien comunicar dicha información a los representantes legales del o de la menor cuando aquéllos la requieran.

De este modo, se plantea la cuestión de en qué circunstancias un tercero (fundamentalmente los padres o representantes legales del menor) pueden acceder a la información médica de un menor de edad contenida en la historia clínica, pues es evidente que ésta puede contener información que aquéllos desconozcan (por ejemplo, si su hija menor de edad ha acudido al médico en busca de anticonceptivos).

Frente a la regla general de respeto a la voluntad del paciente menor de edad (mantenimiento del deber de confidencialidad), pueden plantearse casos concretos que permitan adoptar, de manera excepcional, una decisión diferente. Así, en aquellos casos en los que la legislación aplicable exija la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales del menor, independientemente de su capacidad natural de juicio, ello supone necesariamente que deba transmitirse a aquéllos toda la información que resulte necesaria para que puedan prestar dicho consentimiento de forma válida.

De este modo, puesto que el art. 9.4 LAP exige el consentimiento de los representantes legales de la menor de edad para proceder a la interrupción voluntaria de un embarazo, será necesario informarles previamente del hecho mismo del embarazo y, muy probablemente, de otro tipo de datos sobre la menor que puedan resultar relevantes en el caso concreto.

UNDER-AGE ABORTION: SOME CONSIDERATIONS REGARDING CONSENT AND CONFIDENTIALITY

SUMMARY

The Law 41/2002, 14 of November, basic and regulatory of the patient autonomy (LAP, in Spanish) and of rights and obligations of clinical information and documentation includes for the first time in our legal code the legal processing of the consent lent by underage people in the healthcare environment (art. 9.3.c).

Although several questions arise with respect to the capacity of self-determination of underage people in the biomedical environment, one that stirs up a greater debate is that referring to the decision-making ability of underage people when it comes to the free exercise of their sexuality and to an eventual pregnancy, as well as the role that, given the case, will correspond to their representatives. Although the LAP has resolved some of the existing problems before its approval, it has not hindered the discussion on the reproductive and sexual rights of underage people.

As one can tell from the art 9.3.c) LAP, the underage patient that is capable of understanding the reach of the intervention, both intellectually and emotionally, will have right to consent this by herself. But this general state is completed with a series of special rules, among which the one that is found in the art 9.4 LAP. According to this precept, *“the voluntary interruption of the pregnancy, the practice of clinical trials and the assisted reproduction techniques practice are governed by the established generally applicable rules*

on the adulthood and by the special dispositions of application”. This precept turns out to be transcendental in relation to the abortion, and diverse positions are maintained on its meaning.

For certain social sectors and of the scientific doctrine, the regulation contained in the LAP (especially, its art. 9.4) does not hinder to understand that the underage pregnant females that wish to abort, always within the legal framework predicted in the penal legislation, are fully qualified to decide for themselves, provided that they have sufficient capacity of judgment to understand the meaning of their decision. Consequently, it would not be necessary to require the intervention of their legal representatives, which should only be reported of the above mentioned decision if the underage patients thus declared it, or if the intervention meant a serious risk for their health, just as one can tell from the art. 9.3 LAP.

The ones who maintain this position offer an essential importance to the remission to the adulthood “generally applicable”. Thus, according to these authors, it would allow to maintain the operative capacity of the civil dispositions that recognize availability to the underage one in the exercise of very personal rights. In its change, according to another sector of the legal doctrine (with which we coincide), the reference of the art. 9.4 LAP to the adulthood should be interpreted in the sense that this collects an express excep-

tion to the general rule of natural capacity of judgment predicted in the art. 9.3 LAP.

The lawmaker would have wanted to state through this precept that the rule of the general capacity of underage people with sufficient capacity of judgment does not turn out to be applicable in all the cases and that, under certain assumptions, on grounds of relevance, it should be required, in any case, the adulthood. By the reference to the adulthood, the art 9.4 LAP aims to require that those being submitted to the practices referred in it are over eighteen years old, and otherwise, to require the intervention, in that case, of their legal representatives.

On the other hand, according to the LAP, the patient is supposed to be the recipient of the information and a duty of confidentiality on the doctor's behalf exists, which should be respected when it comes to an underage patient but with sufficient capacity of judgment. This criterion turns out to be fully applicable to the information in matters of sexuality and reproduction. This is clear in the case of underage patients over sixteen years and emancipated (cfr. art. 9.3.c) LAP), but under that age, before certain type of situations, the doctor can doubt of the capacity of the underage patient, case in which he/she might require the paternal intervention and to transmit the information, or to communicate such information to the legal representatives of the underage male or female when they ask for it.

Therefore, the question is in what circumstances a third party (mainly the parents or legal representatives of the underage patient) can have access to the medical information of an underage person embraced in the medical history, since it is obvious that this can contain information that they do not know (for instance, whether their underage daughter has turned to the doctor in search of contraceptives).

Set against the general rule of respect to the will of the underage patient (maintenance of the duty of confidentiality), there might be some concrete cases that would allow to adopt, in an exceptional way, a different decision. Thus, in those cases in which the applicable legislation requires producing the consent on the part of the legal representatives of the underage patients, independently of their natural capacity of judgment, it means necessarily that it should be transmitted to the former ones all the information that turns out to be necessary so that they can lend the above mentioned consent in a valid way.

This way, since the art 9.4 LAP requires the consent of the legal representatives of the underage patient to proceed to the voluntary interruption of a pregnancy, it will be necessary to previously report them of the fact of the pregnancy itself and, very probably, of another type of data on the underage person that can turn out to be prominent in the concrete case.



MINORÍA DE EDAD Y ABORTO: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE CONSENTIMIENTO Y CONFIDENCIALIDAD

SERGIO ROMEO MALANDA

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Gran Canaria (España)

INTRODUCCIÓN

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), ha supuesto la modificación de algunas de las principales cuestiones de Derecho médico en España, creando así un nuevo marco jurídico en el ámbito biomédico. Como novedad a destacar en su contenido, por primera vez nuestro ordenamiento jurídico hace referencia expresa al valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario (art. 9.3.c LAP).

En efecto, hasta el momento no había existido en la legislación española una regulación expresa del consentimiento médico de los menores de edad. Por ello era necesario acudir a diferentes disposiciones, contenidas en variados textos legales, para establecer un régimen general sobre dicha cuestión.

Especialmente relevante a este respecto ha sido (y sigue siendo) el art. 162.II del Código civil (CC), según el cual *“los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”*.

De dicho precepto se desprende que la prestación del necesario consentimiento para someterse a cualquier tipo de acto médico corresponde exclusivamente al menor de edad si reúne las condiciones de madurez suficientes, pues no cabe duda alguna de que la salud, la vida o la integridad personal entran en el campo de los derechos de la personalidad y éstos no son transferibles ni representables siempre que el menor esté en posesión de un grado de madurez suficiente como para actuar por sí mismo¹. En caso de que dicha madurez no exista, serán sus representantes legales quienes tomen las decisiones que estimen más adecuadas para la protección de la salud del menor.

Ahora bien, esta exclusión de la representación legal respecto de los derechos de la personalidad no puede entenderse en el sentido de que los menores de edad tienen una libertad absoluta para tomar las decisiones que estimen pertinentes en dicho ámbito. Muy al contrario, este precepto debe interpretarse en relación con otras disposiciones y principios generales de carácter muy variado que permiten fijar su contenido real de una forma más precisa.

Así, no puede obviarse la obligación (de rango constitucional) de los padres y representantes legales del menor de velar por sus intereses², lo que puede llevar a tomar decisiones que restrinjan su voluntad, incluso en el ejercicio de los derechos de la personalidad. Por otro lado, tam-



poco puede desconocerse el papel que le corresponde cumplir al Estado en la defensa de los intereses de los menores de edad⁵. A este respecto, corresponde a todos los poderes del Estado tomar las decisiones correspondientes, dentro de sus competencias respectivas, para garantizar la protección de los menores, incluso, si llega a ser necesario, frente a su propia voluntad. Así, el poder legislativo está capacitado para desarrollar disposiciones legales en las que se limite la capacidad de obrar de los menores de edad (o de algunos de ellos), incluso en el ámbito de los derechos de la personalidad; igualmente, la administración pública debe contar con mecanismos efectivos que permitan intervenir cuando un menor pueda sufrir algún perjuicio; y, finalmente, también los jueces y tribunales están dotados de competencias para proteger el mejor interés de los menores de edad⁴.

Y es que, como dice Aláez Corral, «la Constitución ha establecido dos presunciones *iuris et de iure* de muy distinta naturaleza: una, la de la mayoría de edad, opera como una regla conforme a la cual a partir de los dieciocho años el individuo no requiere una protección del Estado de carácter especial que justifique adicionales delimitaciones o limitaciones del ejercicio de sus derechos fundamentales fuera de las generales establecidas por la Constitución, salvo que concurra en él una discapacidad o haya sido incapacitado; la otra, referida a la minoría de edad, actúa como un principio en virtud del cual el Estado y los padres están obligados irrenunciablemente a adoptar específicas disposiciones para colmar la necesidad de protección del individuo hasta los dieciocho años»⁵, sin perjuicio de que en ciertas circunstancias pueda optarse por equiparar a los menores con los mayores de edad, pues «la consideración de la minoría de edad como un periodo de desarrollo de la personalidad y dignidad del individuo, necesitado de una especial protección, se articula a través de un mandato de optimización cuyo grado de realización corresponde determinar al legislador dentro del marco constitucional (...)»⁶.

Aunque son varias las cuestiones que se plantean respecto a la capacidad de autodeter-

minación de los menores de edad en el ámbito biomédico, una de las que ha suscitado un debate más profundo, debido, en gran parte, a su indudable contenido ético, es la que se refiere a la capacidad de decisión de las menores respecto al libre ejercicio de su sexualidad y ante un eventual embarazo, así como el papel que, en su caso, corresponderá desempeñar a sus representantes legales.

En concreto, la discusión se plantea en torno a dos cuestiones clave: por un lado, se trata de determinar el alcance del deber de confidencialidad de los profesionales sanitarios en el ámbito sexual y reproductivo (acceso a métodos anticonceptivos, la píldora del día después, desarrollo del embarazo, decisión sobre su interrupción, etc.); y, por otra parte, sobre la capacidad de la paciente menor de edad para consentir, llegado el caso, la práctica de un aborto. Ambas cuestiones pueden aparecer interrelacionadas, de manera que pueden plantearse diversos escenarios jurídicos, a saber: 1) reconocer plenamente el derecho de autodeterminación de las menores de edad, de tal modo que los profesionales sanitarios deben cumplir estrictamente el deber de confidencialidad y respetar la voluntad de la menor de edad, siempre que ésta tenga suficiente capacidad de juicio, sin que pueda requerirse la intervención de los representantes legales de la misma sin su autorización expresa; 2) relajar, hasta un cierto punto, el deber de confidencialidad, de tal modo que los profesionales sanitarios estén capacitados para informar a los representantes legales de las pacientes menores de edad sobre cuestiones relativas a la sexualidad y la reproducción, sin perjuicio de que, en última instancia, sea la menor de edad la que debe consentir el acto médico de que se trate; y 3) restringir la capacidad de autodeterminación de las menores de edad en este ámbito hasta el punto de que las decisiones que deban adoptarse al respecto (o al menos, las de mayor relevancia) tengan que ser autorizadas por los representantes legales de las mismas (sin perjuicio de que éstas deban ser oídas y su opinión pueda tener también cierta relevancia), caso en el cual, evidentemente, los



profesionales sanitarios estarían obligados a informar a aquéllos del devenir de la asistencia médica.

En el presente trabajo se analizará cuál de estas posibles soluciones se adecua de una forma más exacta a la legislación española vigente. Aunque la LAP ha resuelto alguno de los problemas existentes antes de su aprobación, no ha impedido que el debate sobre los derechos sexuales y reproductivos de las menores de edad siga siendo una cuestión ampliamente debatida. Es más, como veremos más adelante, ha vuelto a abrir un intenso debate jurídico allí donde parecía existir un cierto consenso doctrinal, debido precisamente a la poca concreción de alguna de sus disposiciones.

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

Con anterioridad a la aprobación de la 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 sus decisiones, siempre que tuvieran suficiente capacidad de juicio, a salvo de ciertos supuestos excepcionales⁷. 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 consentir⁸. 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 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 madurez suficiente para comprender los riesgos y naturaleza de la interrupción del embarazo⁹, 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 feto¹⁰. 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 profesional¹¹. 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 caso¹²; otros autores mantenían que la capacidad requerida para consentir era la equivalente a la imputabilidad¹³; o se exigía la edad prevista por el ordenamiento jurídico para contraer matrimonio, esto es, los catorce años¹⁴.

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 propios intereses o ideologías.

EL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUALMENTE VIGENTE

Capacidad de los menores de edad para consentir un aborto: panorama general

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 el alcance y consecuencias de su decisión. En este sentido, la LAP establece que la opinión del menor debe ser escuchada si tiene doce años cumplidos¹⁵. De aquí puede desprenderse una presunción de falta de capacidad de los sujetos menores de doce años, caso en el que 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 quien 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 legales¹⁶.

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 emancipados¹⁷ y, en todo caso, en los mayores de dieciséis años¹⁸.

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 controvertido¹⁹ 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 analizaré las diversas posturas que se han mantenido al respecto.

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

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 impide entender que las menores de edad embarazadas que deseen abortar, siempre dentro del marco legal previsto en la legislación penal, están plenamente capacitadas para tomar la decisión por sí mismas,



siempre que éstas tengan 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 manifestara, o si la intervención supusiera un grave riesgo para su salud, tal y como se desprende del art. 9.3 LAP.

Quienes mantienen *de lege lata* esta postura, aun 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 otorgan 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»²⁰.

Este mismo planteamiento había sido ya defendido desde otras instancias sociales. Así lo ha hecho, por ejemplo, el Observatorio de Bioética y Derecho en su *Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia*²¹. Este Documento es anterior a la aprobación de la LAP y se refiere a la Ley autonómica catalana, no a la estatal. Sin embargo, su contenido es coincidente en la materia que nos ocupa, por lo que las reflexiones de este grupo de expertos al respecto pueden ser trasladadas al debate en relación con la LAP. En él se propone realizar una interpretación integradora y armónica de la normativa aplicable a los sujetos menores de edad respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, de tal manera que pueda considerarse válido y eficaz el consentimiento de la menor para la realización del aborto en los supuesto establecidos legalmente²².

En efecto, el art. 7.2.d) de la Ley autonómica catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica, dispone, en los mismo términos que el mencionado art. 9.3 y 4 LAP, lo siguiente: “[I] En el caso de menores, si estos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente,

para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En los demás casos, y especialmente en casos de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor debe dar personalmente su consentimiento. [II] No obstante, en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, de ensayos clínicos y de práctica de técnicas de reproducción humana asistida, se estará a lo establecido con carácter general por la legislación civil sobre mayoría de edad, y, si procede, la normativa específica que sea de aplicación”.

Pese a proponer su supresión, el referido *Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia* señala lo siguiente: “De esta confusa mención -que remite a la legislación especial del tema sin innovar lo que ya está regulado sobre el asunto- no se debe deducir que la interrupción voluntaria del embarazo sólo puede ser consentida por el mayor de edad, ya que hacerlo así entra en contradicción con el resto de la normativa catalana, así como con el ordenamiento del conjunto del Estado sobre los menores y de las declaraciones sobre los derechos de los menores que existen en el contexto europeo y mundial. Necesariamente, la remisión a la legislación civil debe entenderse referida a su conjunto, que estipula que los menores deben ser oídos teniendo capacidad de decidir según su grado de madurez”²³.

Del mismo modo, y ya con posterioridad a la entrada en vigor de la LAP, 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 es que eran contrarios a la legislación vigente, la cual resulta de obligada aplicación. 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.

A este respecto, resulta oportuno realizar aquí una siquiera breve referencia al valor jurídico de las normas deontológicas. Los códigos deontológicos son normas que resultan de la capacidad de autorregulación de las corporaciones de carácter público. Ahora bien, su contenido no comprende únicamente pautas de carácter ético, en el sentido de que afectan de forma exclusiva a la autoexigencia personal del afectado, por ser pautas éticas asumidas por el individuo de forma autónoma y libre, como expresión de una autoexigencia de carácter moral. Muy al contrario, las normas deontológicas se caracterizan por su carácter imperativo y exigibilidad a través de mecanismos jurídicos, pues su incumplimiento constituye una falta disciplinaria sancionable de acuerdo con lo establecido en cada código. No se trata, en definitiva, de meros códigos de buenas prácticas (médicas, en nuestro caso) o de una simple propuesta de pautas de comportamiento que puedan ser asumidas libremente por los médicos a los que el código deontológico abarca, sino que estamos ante una norma jurídica que afecta plenamente a los colegiados en su esfera profesional, definiendo con carácter imperativo la manera en que éstos han

de relacionarse con los pacientes²⁴. Así lo ha venido manteniendo de forma constante la jurisprudencia (tanto ordinaria como constitucional)²⁵. En este sentido, la referida STC 219/1989, de 21 de diciembre, afirma lo siguiente: “las normas de deontología profesional aprobadas por los colegios profesionales o sus respectivos consejos superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los colegios para «ordenar... la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares» [art. 5 i) de la Ley [2/1974, de 13 de febrero] de Colegios Profesionales], potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente conexión lógica, la de «ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial»” (f. j. 5).

En definitiva, si se acepta el valor jurídico de las normas deontológicas (es decir, la exigencia de su cumplimiento, bajo amenaza de sanción disciplinaria, por parte de los colegiados destinatarios de la misma), no cabe duda de que los órganos judiciales están capacitados para valorar el contenido de la norma deontológica en cuestión, en relación con la legislación aplicable sobre la materia con rango normativo superior, entre las que se encuentran, indudablemente, las leyes formales (estatales o, en su caso, autonómicas). Si la norma deontológica no entra en contradicción con aquélla, deberá ser respetada. Si, por el contrario, se entiende que no es acorde con la legislación de referencia analizada, deberá declararse su nulidad.

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 ha pronunciado una sentencia, emitida por Eduard Paricio i Rallo, magistrado-juez del 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, admite 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). No obstante, también entiende que la redacción dada al art. 59 del código deontológico objeto de análisis resulta más permisiva que el art. 9.4 LAP. En un doble sentido: por un lado, porque según el juez el art. 59 exigiría que el consentimiento del tercero, tratándose de menores sin suficiente capacidad de juicio, sería *complementario* al del menor, mientras que la LAP establece que dicho consentimiento por sustitución se prestará *en lugar del* del menor; y por otra parte, porque la LAP exige que el consentimiento por representación corresponde prestarlo al representante legal del menor, mientras que el código deontológico emplea el término más impreciso de “personas vinculadas responsables”.

La regulación prevista en la Ley 41/2002 supone una restricción al derecho de autodeterminación 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 hace a la mayoría de edad debe ser interpretado en el sentido de que éste recoge una excepción expresa a la regla general de capacidad natural de juicio prevista en el art. 9.3 LAP.

En efecto, el legislador parece haber querido poner de manifiesto con este precepto que la regla de la capacidad general de los menores con suficiente capacidad de juicio no resulta aplicable en todos los casos y que en determinados supuestos, por su importancia, debe requerirse, en todo caso, la mayoría de edad. La propia redacción dada al art. 9.4 LAP nos sirve para defender esta postura, si bien no por su claridad, sino precisamente por lo contrario²⁶. Esto es, una interpretación literal de la misma (como aparentemente quieren hacer los defensores de la postura anteriormente expuesta), daría lugar a unas consecuencias diferentes de las que estos autores propugnan y que resultaría a todas luces inadmisibles.

Si pretendemos hacer una interpretación literal del art. 9.4 LAP, deberemos respetar que éste se remite a “lo establecido con carácter general *sobre la mayoría de edad*” (cursiva añadida), no a lo establecido con carácter general *sobre la minoría de edad*. Es decir, cuando se trate de la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, la normativa legal aplicable sería aquella prevista para los mayores de edad. A esta cuestión se refiere el art. 322 CC, según el cual “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”. En otras palabras, «la mayoría de edad se caracteriza por ser un estado civil cuyo contenido es la plena independencia de la persona y la adquisición de una plena capacidad de obrar. La plena independencia es consecuencia de la extinción automática de la patria potestad o, en su defecto, de la tutela a que está sometido todo menor. La plena capacidad obedece al alcance de la madurez psíquica»²⁷. Es decir, la persona mayor de edad «deviene, a la vez que libre, plenamente responsable de sus declaraciones de voluntad»²⁸.

Lo anterior nos debería llevar necesariamente a concluir que cuando se trate de consentir un aborto, un ensayo clínico o la práctica de técnicas de reproducción asistida, *ex lege* se presu-



miría la capacidad de obrar del sujeto afectado. Dicho de otro modo, las mujeres de edad inferior a los dieciocho años deberían ser tratadas como mayores de edad cuando deseen someterse a un aborto, lo que supone admitir desde una perspectiva general que, independientemente de su edad, tienen plena capacidad de obrar.

Evidentemente, una consecuencia de esta naturaleza no resulta aceptable, pues, en el mejor de los casos, nadie pone en cuestión que al menos habría que exigir una capacidad natural de juicio de la menor de edad que va a someterse a un aborto, y no tratarla como a una mayor de edad (cuya capacidad natural de juicio se presume por el mero hecho de ser mayor de edad), tal y como se desprende de una interpretación literal del precepto analizado.

La defensa de la validez del consentimiento de la propia menor de edad siempre que ésta posea una suficiente capacidad de juicio que hacen quienes defienden *de lege lata* este criterio, se fundamenta, por tanto, en una incorrecta interpretación “literal” de la referencia a “lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad”. Dicha interpretación únicamente sería correcta si el art. 9.4 LAP se remitiera a lo establecido con carácter general *sobre la minoría de edad*, o a “lo establecido con carácter general *por la legislación civil*”²⁹ (énfasis añadido). Pues las reglas generales sobre la minoría de edad, en especial tratándose de derechos de la personalidad, tienen efectivamente su anclaje jurídico general en el ya mencionado art. 162.II.1º CC, al que se remiten estos autores como norma de referencia aplicable. Pero este precepto en modo alguno recoge el régimen general sobre la mayoría de edad.

De esta forma, puede afirmarse que lo que el art. 9.4 LAP realmente dice (interpretación literal) no es realmente lo que quiere decir (interpretación teleológica). Es más, tal y como se ha expuesto, una interpretación literal del mismo nos llevaría, debido a su desastrosa redacción, a una solución justamente contraria a la pretendida. Y es que como algún autor ha puesto de manifiesto, la finalidad de este precepto es «la de no admitir el consentimiento de la embara-

da menor de dieciocho años»³⁰. Así pues, únicamente haciendo una interpretación de este tenor puede llegarse a una solución admisible (independientemente de que pueda o no compartirse en el fondo). Además, la finalidad de este precepto resulta igualmente evidente por 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 edad³¹. Y por cierto, no se trata de una legislación que haya resultado especialmente controvertida a este respecto³².

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

Pero al margen de lo anterior, es posible completar esta argumentación poniendo de manifiesto las incongruencias que se derivan de la interpretación que se hace del art. 9.4 LAP expuesta en el apartado anterior. En efecto, si aceptáramos el (incorrecto, como se ha demostrado) punto de partida de estos autores, la remisión a lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad tendría que abarcar a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto (¿con que fundamento quiere reducirse únicamente a unas normas jurídicas en concreto y desechar otras que también pueden ser de aplicación?). Ello afectaría no sólo a las reglas contenidas *con carácter general en el Código Civil* (especialmente el art. 162.II.1º) sino, por su especialidad, a las reglas contenidas *con carácter general en la propia LAP* y, en concreto, al art. 9.3.c) LAP. Lo establecido en este precepto no es más que una concreción en el ámbito biomédico del régimen general sobre capacidad en el ámbito de los derechos de la personalidad, el cual se recoge –es cierto– en términos generales en el mencionado art. 162.II.1º CC³³. En otras palabras, el art. 162.II.1º CC sería, en el mejor de los casos, “lo establecido con carácter gene-



ral sobre la mayoría de edad”. En este caso, el art. 9.3.c) LAP sería “lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad” en el ámbito biomédico. Y, sin embargo, el art. 9.4 LAP se incluye a continuación del mismo precisamente para introducir una regla excepcional, esto es, para decir algo diferente. Admitir lo contrario haría de este precepto algo totalmente superfluo³⁴.

Por otro lado, el propio art. 9.4 parece vetar la interpretación propuesta en el apartado anterior al señalar como mecanismo excepcional para, a su vez, poder excepcionar el criterio de la mayoría de edad, el contenido de “las disposiciones *especiales* de aplicación” (énfasis añadido). Es decir, si la legislación específica sobre la interrupción voluntaria del embarazo facultara a los menores de edad para emitir un consentimiento válido, será esta regulación la que prevalezca y no el art. 9.4 LAP. Si dicha regulación especial no aclarase los requisitos y exigencias del consentimiento (tal y como sucede en la actualidad), a tenor de lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la LAP, esta Ley (y no el Código civil) será de aplicación supletoria. En tal caso, la remisión sería al art. 9.4 LAP, no al 9.3 LAP, de acuerdo con el principio de especialidad, al contener aquél una regla especial en relación con la interrupción del embarazo frente al carácter general de éste último.

En definitiva, por unas u otras razones, para poder consentir válidamente la interrupción voluntaria de un embarazo se requiere ser mayor de edad³⁵. De ahí que deberán ser los padres o el representante legal de la menor quienes deban otorgar el consentimiento.

Pero si esta línea argumental no resultara aún suficientemente convincente, el criterio aquí defendido se desprende igualmente de los trabajos parlamentarios de la LAP, en concreto de las enmiendas presentadas por el diputado Carlos Aymerich Cano³⁶ y el senador Anxo Manuel Quintana González³⁷, 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.

En otro orden de cosas, debe tenerse igualmente en cuenta la STC 53/1985 de 11 de abril, en cuyo fundamento jurídico 14 señala lo siguiente: “Y en cuanto a la forma de prestar 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 la adecuada desde la perspectiva de la norma penal cuestionada”. De estas palabras cabe extraer dos conclusiones con relevancia para el caso que nos ocupa: a) a falta de regulación penal expresa sobre la materia, es totalmente admisible acudir a la normativa civil para determinar la capacidad necesaria a efectos de consentir la práctica del aborto; y b) si bien es posible conceder a las menores de edad capacidad para consentir por sí mismas dicha intervención, el legislador está totalmente legitimado para establecer las limitaciones que estime oportunas, tal y como sucede en este caso³⁸.

Por todo ello, puede afirmarse que la capacidad requerida para consentir el aborto en los casos permitidos *ex art.* 417 bis CP de 1973 se adquiere al alcanzar los dieciocho años de edad. En consecuencia, todo aborto realizado aceptando el consentimiento de una menor de edad no podría acogerse a las causas de justificación



del art. 417 bis del antiguo Código Penal, pues no se daría uno de sus requisitos, esto es, el consentimiento (válido) de la mujer embarazada, sin perjuicio de que puede acudir, en su caso, a la causa de justificación genérica de estado de necesidad³⁹. En estos casos habría que tener en cuenta la posible existencia de un error, bien sobre la necesidad de que el consentimiento deba ser prestado necesariamente por una mujer mayor de edad, bien sobre la edad real de la mujer que consiente. Ambos casos suponen un error sobre una de las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, el cual debe ser considerado como un error de prohibición⁴⁰, de tal forma que si se trata de un error vencible se aplicará la pena inferior a la prevista en uno o dos grados, y si fuera invencible se excluirá la responsabilidad criminal (art. 14.3 CP).

Esta solución es, a mi juicio, la correcta desde un punto de vista estrictamente jurídico. Cuestión diferente es que pueda ser 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»⁴¹, 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 civil⁴².

En definitiva, en el caso de una menor de edad, su consentimiento será inválido e ineficaz y será 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- es 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 será acudir a la autoridad judicial para que ésta decida en el mejor interés de la gestante.

Como ha señalado la profesora Parra Lucán, «no cabe duda de que la redacción del precepto no ha ido acompañada de una reflexión de los problemas que se presentan en la práctica, ni de las importantes consecuencias e implicaciones de esta materia»⁴³. Por ejemplo, ello pudiera derivar en que las menores busquen métodos alternativos de provocar el aborto en vez de acudir a un centro acreditado por temor a que sus padres tengan conocimiento del embarazo, con los riesgos que ello puede conllevar para su integridad personal o, incluso, para su vida.

No obstante lo anterior, desde una perspectiva contraria, un interesante trabajo elaborado recientemente en los EE.UU. por los profesores Jonathan Klick y Thomas Stratmann⁴⁴ concluye que en este país las leyes vigentes en la mayoría de los estados norteamericanos que requieren a las menores notificar o recabar el consentimiento de uno o de ambos padres antes de someterse a un aborto han tenido como efecto la reducción del número de comportamientos sexuales de riesgo entre adolescentes. Según se afirma en este estudio, si los adolescentes cuentan con que los costes de mantener relaciones sexuales en condiciones de riesgo son elevados (la necesidad de contar a sus padres que se han quedado embarazadas), se concienciarán de la importancia del sexo seguro, de tal modo que se producirá una disminución de las tasas de embarazo, abortos y nacimientos entre este grupo de personas⁴⁵. Dicho de otro modo, si los adolescentes ven el aborto como una forma de control de la natalidad, incrementar los costes psíquicos que supone exigir para la interrupción del embarazo el consentimiento de los padres o tutores puede inducir a aquéllos a acudir a otros medios de control de la natalidad, tales como preservativos, píldoras anticonceptivas, o la abstención⁴⁶. Para llegar a estas conclusiones, los autores no se basan únicamente en los estudios estadísticos sobre abortos en aquellos estados donde se han aprobado leyes que exigen el consentimiento paterno (comparando los datos



de abortos practicados en menores de edad antes y después de aprobarse dichas leyes), sino también comparando estudios diversos sobre el contagio de enfermedades de transmisión sexual (esencialmente la gonorrea). Así, se ha apreciado que tras la aprobación de leyes de esta naturaleza ha disminuido el número de mujeres menores de edad afectadas por esta enfermedad (además de la disminución del número de abortos), lo que, junto a otros datos analizados en el trabajo, lleva a pensar que muchas de estas personas han eliminado contactos sexuales de riesgo⁴⁷.

Por otra parte, pueden plantearse conflictos de compleja solución cuando los representantes legales de la menor embarazada pretenden la práctica de la interrupción del embarazo pero ésta se niega a ello. Si bien es cierto que la situación de minoría de edad, de acuerdo con esta regulación, legitima a los padres o tutores para tomar las medidas que consideren oportunas, la importancia del acto obliga a que la opinión de la menor haya de ser tenida en cuenta, tanto si tiene suficiente capacidad de juicio como si no lo tiene, pero muy especialmente en el primero de los casos. Igualmente deben ser tenidos en cuenta los perjuicios psíquicos que podrían derivarse para la gestante de un aborto contra su voluntad⁴⁸. A este respecto, debe aplicarse el art. 9.5 LAP, según el cual “la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”. Este precepto, como acertadamente señala González Morán, no debe recoger una bonita cláusula de estilo, sino que debe configurar la relación de las gestantes menores de edad y sus representantes legales⁴⁹.

Sin embargo, no puede bastar la negativa de la menor a la práctica del aborto para seguir adelante con el embarazo, pues puede ocurrir que no se encuentre realmente preparada -física o psíquicamente- para poner término a la

gestación. En definitiva, si la negativa al aborto proviene de una mujer menor de edad habrá que distinguir dos supuestos: a) si el aborto tiene finalidad terapéutica debe admitirse su realización incluso contra la voluntad de la menor si la no interrupción del embarazo pusiera en peligro su salud -física o psíquica- o su vida⁵⁰; b) si, por el contrario, el aborto tiene su fundamento en la indicación embriopática (defectos o malformaciones en el feto) o en la indicación criminológica (consecuencia de una violación), la mujer no puede ser obligada a abortar por principio⁵¹. En cualquier caso, si este conflicto de voluntades llega a plantearse, la decisión final debería corresponder a la autoridad judicial, que resolverá en cada caso concreto atendiendo al mayor interés de la menor⁵², debiendo ser la opinión de la mujer gestante en todo caso respetada cuando se trate de una menor con suficiente capacidad de juicio, de manera que en tal caso existe una especie de veto frente a la voluntad de los padres favorable a la interrupción del embarazo.

En cualquier caso, debe advertirse que las conclusiones extraídas del art. 9.4 LAP únicamente son aplicables a la interrupción del embarazo, no a otro tipo de actuaciones médicas en el ámbito de la sexualidad, como sería la solicitud de información o asesoramiento sobre prácticas de riesgo, expedición de medios anticonceptivos (incluida la píldora del día siguiente), o incluso la asistencia sanitaria prestada en el curso de un embarazo. En tales casos, serán de aplicación las reglas generales sobre capacidad de obrar, de tal modo que la voluntad de los menores de edad deberá ser respetada por los profesionales sanitarios si éstos tienen suficiente capacidad de juicio⁵³. No obstante, a este respecto es necesario poner en relación la LAP con el art. 181.2 del Código Penal. Según este precepto, “(...) se considerarán abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años”. Esto significa que, independientemente de la capacidad natural de juicio que efectivamente se tenga, el legislador ha previsto una cláusula *iuris et de iure* de capacidad de obrar en el ámbito sexual. Es decir, un menor de



trece años no puede consentir válidamente una relación sexual. Así pues, ello debería condicionar de algún modo la asistencia médica ofrecida en este ámbito. Por ejemplo, frente a una paciente menor de trece años que requiere la expedición de una píldora anticonceptiva (más aún si se trata de la píldora del día siguiente), el médico no estaría obligado a guardar silencio amparándose en el secreto profesional, pues puede advertirse la comisión de un delito o el riesgo de su previsible comisión futura. Por el contrario, tratándose de una paciente con trece años cumplidos, el reconocimiento por parte de la legislación penal de una capacidad de autodeterminación en la esfera sexual no hace más que corroborar el principio general previsto en la LAP de capacidad de obrar de los menores de edad con suficiente capacidad de juicio, con las implicaciones jurídicas de dicho reconocimiento, incluido el respeto a su intimidad y el consiguiente deber de confidencialidad por parte del médico, lo cual resulta de especial trascendencia en este ámbito, pues revelar la información a los representantes legales del menor sin su autorización puede resultar enormemente desafortunado, ya que “si el menor no tiene la certeza de que esta información es estrictamente confidencial, la relación de confianza se puede quebrar y, si deja de solicitar consejo profesional, los riesgos se incrementan (...). Así, garantizando explícitamente la confidencialidad de la consulta efectuada se podrá actuar como mediador, informando a los padres si el menor solicita ayuda para ello. También podrá hacerlo en el caso de existencia de peligros concretos y graves para la salud o la vida del menor o de terceros directamente derivados de la forma en que lleva a efecto esas prácticas sexuales”⁵⁴. Esto último encuentra apoyo legal tanto en el propio art. 9.3.c) *in fine* LAP, como en la causa de justificación del estado de necesidad (*ex art. 20.5º CP*), de acuerdo con la cual podría afectarse legítimamente a la intimidad de una persona si con ello se evita un mal mayor para el propio sujeto afectado o para un tercero.

Ahora bien, el médico que atiende a la menor mayor de trece años puede tener dudas sobre la

capacidad real de juicio de su paciente. En tales casos, estaría legitimado para adoptar las medidas que estime oportunas al respecto, como informar a los representantes legales del menor sobre sus hábitos sexuales, sin perjuicio de que pueda acceder en el momento de la consulta a la petición del mismo sobre la transmisión de la información sexual requerida o a la administración de medidas anticonceptivas⁵⁵.

Efectos de la (in)capacidad para consentir la interrupción del embarazo sobre el deber de confidencialidad del médico

Según el art. 4 LAP, “*los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma*”. Dicha información será comunicada al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades (art. 4.2 LAP). En aquellos casos en los que un menor de edad haya sido considerado capaz, será necesariamente éste el destinatario de la información sanitaria. De acuerdo con el art. 5.1 LAP, “*el titular del derecho a la información es el paciente*”. No obstante, también podrá informarse a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. En caso contrario, el profesional sanitario estará sujeto al deber de confidencialidad⁵⁶, salvaguardando de esta forma la intimidad del paciente, la cual se configura como un bien jurídico de primer orden, digno de protección penal⁵⁷.

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 (art. 5.3 LAP). No obstante, incluso en tales casos, el paciente deberá ser informado de modo adecuado a sus posibilidades de com-



prensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal (cfr. arts. 5.2 y 9.5 LAP).

Así pues, en principio es el paciente el destinatario de la información y existe un deber de confidencialidad por parte del médico, el cual debe respetarse cuando se trata de un paciente menor de edad pero con suficiente capacidad de juicio. Este criterio resulta plenamente aplicable a la información en materia de sexualidad y reproducción. Esto es claro en el caso de menores mayores de dieciséis años y emancipados (cfr. art. 9.3.c) LAP), pero por debajo de esa edad, ante cierto tipo de situaciones, el médico puede dudar de la capacidad del menor de edad, y en tal caso podrá exigir la intervención paterna y transmitir la información, o bien comunicar dicha información a los representantes legales del o de la menor cuando aquéllos la requieran.

De este modo se plantea la cuestión de en qué circunstancias un tercero (fundamentalmente los padres o representantes legales del menor) pueden acceder a la información médica de un menor de edad contenida en la historia clínica, pues es evidente que ésta puede contener información que aquéllos desconozcan (por ejemplo, si su hija menor de edad ha acudido al médico en busca de anticonceptivos).

Sobre esta cuestión ha tenido la ocasión de pronunciarse la Agencia Española de Protección de Datos y su opinión se recoge en el Informe 409/2004 sobre *acceso por el titular de la patria potestad a las historias clínicas de los menores*⁵⁸. Concluye este organismo que “los mayores de catorce años disponen de las condiciones de madurez precisas para ejercitar, por sí mismos, el derecho de acceso a sus datos de carácter personal, sin que pueda admitirse la existencia de una representación legal (y, en consecuencia, no acreditada) del titular de la patria potestad (...). De este modo, si el padre o madre de un mayor de catorce años acude a un centro sanitario solicitando un informe de analítica o cualquier dato incorporado a la historia clínica de su hijo, sin constar autorización alguna de éste, no sería aplicable lo establecido en el

artículo 18.2 de la Ley 41/2002, por lo que no debería procederse a la entrega de la información en tanto no conste la autorización fehaciente del hijo. Por supuesto, salvo en los supuestos en que el hijo haya sido previamente sujeto a incapacitación. Respecto de los restantes menores de edad, no puede ofrecerse una solución claramente favorable a la posibilidad de que por los mismos pueda prestarse el consentimiento al tratamiento, por lo que la referencia deberá buscarse en el artículo 162 1º del Código Civil, tomando en cuenta fundamentalmente sus condiciones de madurez (...)”.

Esta resolución parece, en términos generales, correcta desde un punto de vista jurídico. Quizás la única cuestión que pueda ser discutible es la relativa a la fijación de la presunción de madurez o capacidad natural en los 14 años. Es cierto que a esa edad el ordenamiento jurídico faculta al menor para realizar por sí mismo ciertos negocios jurídicos, pero también es cierto que en otras circunstancias dicha facultad se extiende a los menores de edad con doce años, y en otros casos se exige la emancipación o los dieciséis años cumplidos. Por coherencia con la regulación establecida en la normativa de referencia (la LAP), puede que hubiera sido más adecuado fijar esa presunción en la emancipación o en los dieciséis años, de acuerdo a lo establecido en el art. 9.3.c) LAP, sin perjuicio de que las garantías derivadas de los derechos a la intimidad y a la protección de datos se extiendan igualmente a aquellos menores de edad inferior a la señalada siempre que demuestren poseer la necesaria capacidad natural de juicio^{59, 60}.

Por supuesto, frente a la regla general anteriormente expuesta (mantenimiento del deber de confidencialidad), pueden plantearse casos concretos que permitan adoptar, de manera excepcional, una decisión diferente. Así sucedería en los siguientes supuestos:

a) Por un lado, 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*”. Al margen de otras consideraciones que



cabe realizar sobre esta exigencia legal⁶¹, lo cierto es que el deber de los padres de velar por sus hijos menores de edad puede requerir que éstos estén informados acerca 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 pueda 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.

b) Por otro lado, en aquellos casos en los que la legislación aplicable prevea, de manera excepcional, la necesidad de recabar el consentimiento de los representantes legales del menor, independientemente de su capacidad natural de juicio, es evidente que ello requiere igualmente transmitir a los mismos toda la información que resulte necesaria para que puedan prestar dicho consentimiento de forma válida. En lo que a nosotros respecta, puesto que el art. 9.4 LAP exige el consentimiento de los representantes legales de la menor de edad para proceder a la interrupción voluntaria de un embarazo, resulta obvio que ello supondrá informar a aquéllos previamente del hecho mismo del embarazo y, muy probablemente, de otro tipo de datos sobre la menor que puedan resultar relevantes en el caso concreto. Ahora bien, de acuerdo con lo mantenido más arriba, el médico no tendría la obligación de informar sobre el embarazo si la menor no dea someterse a un aborto. Ahí debe mantenerse el deber de confidencialidad, salvo, como se dirá a continuación, que se trate de un embarazo de alto riesgo.

c) En tercer lugar, un médico está capacitado para incumplir su deber de secreto profesional cuando ello sea imprescindible para proteger bienes jurídicos con una valoración y protección superior a la de la intimidad, como es el caso de la integridad personal o la vida. De esta manera, y a diferencia de lo que sucede en relación con los mayores de edad, el ordenamiento jurídico prevé una tutela especial de los menores de edad, de tal manera que es posible la adopción

de ciertas medidas dirigidas a proteger sus intereses más vitales, como la salud o la vida, incluso pese a su voluntad, e incluso aunque se les reconozca plena capacidad natural de juicio⁶². Así, el médico que atiende al menor puede optar por informar a sus representantes legales de la existencia de una enfermedad sexual de naturaleza infecto-contagiosa que afecte de forma grave a la salud del mismo o, como decía anteriormente, cuando nos encontramos ante un embarazo de alto riesgo⁶³. Evidentemente, el deber de secreto también puede decaer cuando sea necesario informar de una determinada enfermedad para proteger derechos de terceros (por ejemplo, la pareja de un menor de edad portador del VIH)⁶⁴, o si se trata de evitar o informar sobre la comisión de un delito (por ejemplo, si se trata de menores de trece años)⁶⁵.

Por todo lo anterior, puede entenderse fácilmente que la mencionada Sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona (fundamento jurídico 5º) haya declarado inválido el art. 33 del Código Deontológico del Colegio de Médicos de Cataluña, puesto que éste preveía un deber de confidencialidad prácticamente ilimitado, siempre que el paciente (menor de edad) tuviera suficiente capacidad natural de juicio, sin tener en cuenta que la propia legislación establece ciertas limitaciones a este deber, tal y como acaba de exponerse.

CONCLUSIÓN

Del art. 9.3.c) LAP se desprende que el paciente menor de edad que sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención podrá consentir ésta por sí mismo. Ahora bien, el art. 9.4 LAP recoge una serie de supuestos en los que los menores de edad no podrán prestar un consentimiento válido, independientemente de su capacidad natural de juicio. Entre ellos se incluye la interrupción voluntaria del embarazo.

Hasta la entrada en vigor de esta ley, se venía entendiendo de forma mayoritaria por la doctrina 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 tuviera madurez suficiente para comprender los riesgos y naturaleza de la interrupción del embarazo.

Ahora bien, al no existir una regulación específica sobre la capacidad para consentir en materia de aborto, cobra especial relevancia la remisión a “lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad”, según señala el mencionado art. 9.4 LAP. De acuerdo con la interpretación realizada de este precepto, desde la entrada en vigor de esta ley, en el caso de aborto quienes tendrán que otorgar el consentimiento y, por consiguiente, quienes decidirán en el caso de menores de edad serán los representantes legales de la menor.

Lo anterior conlleva consecuencias evidentes en relación con el deber de confidencialidad de los profesionales sanitarios. Es cierto que el paciente debe ser el destinatario de la información y existe un deber de confidencialidad por parte del médico, el cual debe respetarse cuando se trata de un paciente menor de edad pero con suficiente capacidad de juicio. Sin embargo, en aquellos casos en los que la legislación aplicable exija la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales del menor, independientemente de su capacidad natural de juicio, ello supone necesariamente que deba transmitirse a aquéllos toda la información que resulte necesaria para que puedan prestar dicho consentimiento de forma válida. En definitiva, puesto que el art. 9.4 LAP exige el consentimiento de los representantes legales de la menor de edad para proceder a la interrupción voluntaria de un embarazo, será necesario informarles previamente del hecho mismo del embarazo y, muy probablemente, de otro tipo de datos sobre la menor que puedan resultar relevantes en el caso concreto.

Sin embargo, el deber de confidencialidad debe mantenerse vigente si la menor no desea

interrumpir el embarazo, salvo que se trate de un embarazo de alto riesgo, caso en el que el facultativo podrá poner este hecho en conocimiento de los representantes legales de la menor, de tal forma que éstos puedan ejercitar su deber de velar por los intereses de la misma.

NOTAS

1. Luis González Morán, “El artículo 162-1º del Código Civil y el derecho del menor a la salud”. En: José Manuel González Porras (ed.), *La tutela de los derechos del menor*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1984, pp. 219 y ss.; Luis Arroyo Zapatero, “Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, 1988, pp. 12 y s.; Julio César Galán Cortés, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, Madrid, 1997, p. 33.
2. *Vid.* Benito Aláez Corral, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 66.
3. *Ibid.*, pp. 63 y s. Como señala este mismo autor, los destinatarios de las obligaciones subordinadas al cumplimiento de la función protectora que emana del art. 39 CE «son, de un lado, los padres, y de otro, los poderes públicos, de forma acumulativa y no subsidiaria» (p. 161).
4. *Ibid.*, pp. 161 y s.
5. *Ibid.*, p. 62. *Vid.* también pp. 268 y ss.
6. *Ibid.*, p. 63.
7. *Vid.* Sergio Romeo Malanda. “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”. *La Ley* 2000-7, pp. 1453 y ss.
8. Cfr. Carlos María Romeo Casabona. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 258.
9. Manuel-Jesús Dolz Lago, “Menores embarazadas y aborto: ¿quién decide?”, *Actualidad Penal*, nº 29, 1996, p. 548; Arroyo Zapatero, “Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización”, p. 14; Carlos María Romeo Casabona, “El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico penales”, *La Ley*, 1987 (3), pp. 813 y s.; el mismo, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, pp. 336 y ss.; María José Santos Morón, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, pp. 162 y 165.



10. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 337; el mismo, “El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico penales”, *La Ley*, 1987 (3), pp. 813.
11. Arroyo Zapatero, “Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización”, p. 14.
12. Carlos María Landecho Velasco y Concepción Molina Blázquez, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1996, p. 66; José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, “La minoría madura”, *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario-Fundación MAPFRE medicina, Madrid, 1998, p. 89; Alfonso Serrano Gómez, *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª edición, Dykinson, Madrid, 2002, p. 88.
13. Miguel Bajo Fernández, *Manual de Derecho penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 120; Juan José González Rus, en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 84; Juan Carlos Carbonell Mateu y José Luis González Cussac, en Vives Antón/Boix Reig/Orts Berenguer/Carbonell Mateu/González Cussac, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 113.
14. Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 83 y ss.
15. La fijación de esta edad es lógica pues el ordenamiento jurídico civil ya concede al menor de esa edad capacidad natural para realizar cierto tipo de actos -por ejemplo, para consentir la adopción-; además, una disposición similar se encuentra en la legislación sobre ensayos clínicos. Cfr. art. 7.3.a) Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.
16. Santos Morón, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, p. 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, p. 4; Martínez-Pereda Rodríguez, “La minoría madura”, p. 80.
17. La emancipación puede producirse, en determinados casos, con catorce años (arts. 48 y 316 CC). Cfr. Romeo Malanda, “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, p. 1455; Carlos María Romeo Casabona, “Consentimiento informado y teoría general del Derecho”, en *Responsabilidad médica y sanitaria*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2003, p. 83.
18. Esta presunción no se realiza de forma aleatoria sino que, muy al contrario, tiene su fundamento en los más recientes estudios de psicología evolutiva. Sobre esta cuestión, *vid.* Diego Gracia, Yolanda Jarabo, Nieves Martín Espildora, Julián Ríos, “Toma de decisiones con el paciente menor de edad”, en Diego Gracia, Javier Júdez (eds.), *Ética en la práctica clínica*, Triacastela, Madrid, 2004, pp. 132 y s.
19. Cfr. M^a Ángeles Parra Lucán, “Dos apuntes en materia de responsabilidad médica”, *Derecho y Salud*, Extraordinario XI Congreso de Derecho y Salud (2003), p. 4.
20. Mercedes García Arán, en Juan Córdoba Roda, Mercedes García Arán (dir.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial. Tomo I*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 73. De la misma opinión, Alejandra 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*, n^o 2 (2006), pp. 12 y ss. (*on line* en www.indret.com); Bernardo Feijóo Sánchez, en Miguel Bajo Fernández y otros, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 322 y ss., el cual, no obstante, declara que «se trata de una cuestión que debería ser resuelta de todos modos de forma expresa por el legislador para evitar la actual situación de incertidumbre y la multiplicidad de posiciones en un tema de tanta relevancia práctica» (p. 324). También Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 90, parece dispuesto ahora a aceptar este criterio.
21. María Casado (coord.), *Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia*, Observatorio de Bioética y Derecho, Barcelona, 2002.
22. *Ibid.*, pp. 14 y s. Y consecuentemente con esta postura, también exige admitir, *a sensu contrario*, que no podrá interrumpirse el embarazo sin el consentimiento de la menor.
23. *Ibid.*, pp. 15 y s.
24. Es más, como señala Tomás Iglesias Pérez, “El discutible valor jurídico de las normas deontológicas”, *Jueces para la Democracia*, n^o 12, 1991, p. 56, «el contenido de las nn.dd. [normas deontológicas] puede no responder, y de hecho lo hace, a criterios no compartidos por la totalidad de los colegiados sin que éstos tengan la opción por ello de separarse de tales corporaciones».
25. *Vid.* a modo de ejemplo, STS (Sala 3ª) de 9 de julio de 2001 (Ponente: Francisco González Navarro) y STC 219/1989, de 21 de diciembre (Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral). Cfr. igualmente, Sentencia del Tribunal de lo Contenen-



- cioso-Administrativo de Barcelona nº 12, f.j. 1º. La doctrina científica muestra, sin embargo, algunas dudas al respecto. En contra de otorgar valor jurídico a las normas deontológicas, Iglesias Pérez, “El discutible valor jurídico de las normas deontológicas”, *Jueces para la Democracia*, pp. 53 y ss. (con más referencias jurisprudenciales); Patricia Esquinas Valverde, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal*, Comares, Granada, 2006, pp. 65 y ss.
26. También destaca la ambigüedad de esta cláusula, Rafael Junquera de Estéfano, “El paciente y su capacidad de decidir en el ordenamiento español”, en Rafael Junquera de Estéfano (dir.), *Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Comares, Granada, 2008, p. 148.
27. Luis Díez-Picazo, Antonio Gullón, *Sistema de Derecho civil*, Vol. I, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 1997, p. 230.
28. José Luis Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho civil. I. Parte General. Vol. II. Personas*, Dykinson, 1998, p. 116.
29. Tal y como hace la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derecho de información al paciente de la Comunidad Valenciana, en su art. 9.2.II. El contenido de la LAP tiene el carácter de *básico*, por lo que no podrá ser contradicho por la legislación autonómica, lo cual sucede en el caso que nos ocupa. Esta Ley es posterior a la aprobación de la ley estatal, por lo que cabe afirmar la inconstitucionalidad del precepto mencionado al regular una materia sobre la que carece de competencia. *Vid.* más ampliamente sobre esta cuestión, Sergio Romeo Malanda, “Efectos jurídicos de la contravención por parte de las Comunidades Autónomas de la legislación básica estatal en materia de derechos de los pacientes”, en José María Vidal Beltrán, Miguel Ángel García Herrera (coords.), *El Estado Autonomático: integración, solidaridad, diversidad*, Volumen II, Colex-INAP, Madrid, 2005, pp. 375 y s. También defiende la inconstitucionalidad de esta Ley, si bien con otros argumentos, Manuel-Jesús 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*, 21 de marzo de 2003, p. 4. Paradójicamente, las mayores críticas que ha suscitado esta normativa no se deben precisamente al hecho de establecer un marco amplio del derecho de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito sanitario, sino precisamente por todo lo contrario. Así, es contraria a la LAP en relación con la interrupción voluntaria del embarazo por ser más permisiva, tal y como se ha dicho. Pero también resultan contrarias a la LAP otras disposiciones por limitar en exceso la capacidad general de los menores de edad para consentir otro tipo de actos médicos, exigiendo en todo caso la intervención de los representantes legales de los mismos, independientemente de su capacidad natural de juicio, salvo que se trate de menores emancipados (cfr. art. 9.2.I). La incoherencia de dicha regulación (además de su inconstitucionalidad) resulta, pues, evidente.
30. García Arán, *Comentarios al Código penal*. p. 73, quien, no obstante, realiza a continuación una interpretación literal (selectiva) para llegar a la conclusión de que basta con la suficiente capacidad de juicio de la menor de edad para poder consentir válidamente el aborto.
31. 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, 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 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 art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, 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”.
32. *Vid.*, no obstante, mi postura favorable a que las menores de edad pudieran acceder en determinados supuestos a las técnicas de reproducción asistida. Romeo Malanda, “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, pp. 1461 y s.
33. En este mismo sentido, 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”, p. 5.
34. Ello sin perjuicio de la técnica legislativa empleada sea muy deficiente, hasta el punto de que su eficacia real es muy escasa al prever que sólo es aplicable en ausencia de legislación especial al respecto. *Vid.* al respecto, Carlos María Romeo Casabona, Aitziber Emaldi Cirión, Leire Escajedo



San Epifanio, Pilar Nicolás Jiménez, Sergio Romeo Malanda, Asier Urruela Mora, *La Ética y el Derecho ante la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 78.

35. Así lo entienden también Carlos Lema Añón, “Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo”, *Jueces para la Democracia*, nº 43 (2002), p. 35; Carlos María Romeo Casabona, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, pp. 190 y s.; Josep Corbella, “Una nueva norma que perfecciona el sistema sanitario y el concepto de consentimiento informado”, *Diario Médico*, 3 de enero de 2003, p. 9; Pablo González Mirasol, “Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica”, *La Ley*, 2005-4, p. 1628; M. D. Pérez Cárceles, J. E. Pereñíguez, E. Osuna, D. Pérez Flores, A. Luna, “Primary care confidentiality for Spanish adolescents: fact or fiction?”, *Journal of Medical Ethics*, nº 32 (2006), p. 329; Ana I. Berrocal Lanzarot, “El valor de la autonomía del paciente en la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, reguladora de los derechos y deberes de los pacientes”, en David Cienfuegos Salgado, María Carmen Macías Vázquez (Coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 133 y s.; Luis González Morán, *De la bioética al bioderecho. Libertad, vida y muerte*, Universidad Pontificia Comillas-Dykinson, Madrid, 2006, p. 453.

Además, también defienden esta postura aquellos autores que ya con anterioridad a la LAP exigían la mayoría de edad para poder consentir la interrupción voluntaria del embarazo. Cfr. Alfonso Serrano Gómez, Alfonso Serrano Maíllo, *Derecho Penal. Parte Especial*, 10ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, p. 88, quienes acuden igualmente a la LAP para fundamentar su postura.

Por otro lado, existe también un grupo de autores que mantienen otros criterios de diversa naturaleza acerca de la edad para emitir un consentimiento válido, reafirmandose en las posturas que defendían con anterioridad a la aprobación de la LAP. Así, por ejemplo, Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac, en T.S. Vives Antón, E. Boix Reig, J.C. Orts Berenguer, J.L. Carbonell Mateu, C. González Cussac, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 125, siguen requiriendo la imputabilidad. Por su parte, Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 90, mantiene su postura previa de exigir la edad de catorce años para consentir el

aborto, por ser la exigida por el ordenamiento jurídico para contraer matrimonio (aunque ahora parece admitir también, citando la LAP, el criterio de la capacidad natural de juicio). En el mismo sentido, Ángel Calderón Cerezo, José Antonio Choclán Montalvo, *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2005, p. 32, únicamente admiten la validez del consentimiento de la menor de edad emancipada por razón de matrimonio.

36. *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, p. 36.
37. *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, p. 33.
38. En este mismo sentido, Lema Añón, “Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo”, p. 38.
39. Así, Carbonell Mateu, González Cussac, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 113.
40. José Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 93 y s.; Patricia Laurenzo Copello, *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 329 y s.
41. Lema Añón, “Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo”, p. 35.
42. También se muestra muy crítico con la solución adoptada por el legislador, Romeo Casabona, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, p. 191.
43. Mª Ángeles Parra Lucán, “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi Civil*, nº 2 (2003), p. 39; la misma, “Dos apuntes en materia de responsabilidad médica”, p. 3.
44. *Vid.* Jonathan Klick, Thomas Stratmann, “Abortion Access and Risky Sex Among Teens: Parental Involvement Laws and Sexually Transmitted Diseases”, *Journal of Law, Economics & Organization*, nº 24 (2007), pp. 1-20.
45. *Ibid.*, pp. 18 y s.
46. *Ibid.*, p. 2.
47. Destacan estos autores la importancia de analizar por separado los datos estadísticos sobre aborto de menores de edad y contagio de enfermedades infecto-contagiosas de transmisión sexual, pues una disminución del número de abortos (legalmente practicados) también podría deberse al empleo de métodos ilegales de interrupción del embarazo (para evitar que sus padres se enteren



- de dicha circunstancia). Sin embargo, es más difícil que frente a un contagio de gonorrea, las menores de edad intenten buscar tratamientos diferentes al de la asistencia médica ordinaria. *Ibid.*, p. 6.
48. Cfr. Parra Lucán, “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, pp. 40 y s.
 49. González Morán, *De la bioética al bioderecho*, p. 454.
 50. Así, Feijóo Sánchez, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, p. 325.
 51. Cfr. Santos Morón, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, pp. 172 y ss; Arroyo Zapatero, “Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización”, p. 16.
 52. En este sentido, Romeo Casabona, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, p. 191.
 53. Se mantiene, pues, el mismo criterio defendido por la doctrina con anterioridad a la aprobación de la LAP. *Vid.* Arroyo Zapatero, “Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización”, p. 13.
 54. Casado, *Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia*, p. 9. También destaca los riesgos de la pérdida de confianza de los pacientes menores de edad en los médicos que les atienden, 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”, pp. 10 y s.
 55. Para Casado, *Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia*, pp. 8 y s., “a pesar de que el profesional dude de la madurez del menor para decidir sobre su propia sexualidad, ante la posibilidad de que mantenga relaciones sexuales, el ofrecimiento de información y la prescripción de medidas preventivas y anticonceptivas resulta obligada, en evitación de riesgos”.
 56. Este deber de confidencialidad, también conocido como de secreto profesional del médico es de carácter jurídico (no únicamente ético), tal y como se desprende del art. 7 LAP, y su infracción es constitutiva de delito. Así esta previsto en el artículo 199.2 CP, según el cual, “el profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”. *Vid.* más ampliamente sobre esta cuestión, Carlos María Romeo Casabona, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 184 y ss.; Ángeles Jareño Leal, “El secreto profesional del médico. Referencia especial a los pacientes menores de edad”, *La Ley Penal*, noviembre de 2006, pássim; Pilar Nicolás Jiménez, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2006, pp. 151 y ss.; M^a del Carmen Gómez Rivero, *La protección penal de los datos sanitarios. Especial referencia al secreto profesional médico*, Comares, Granada, 2007, pp. 55 y ss.
 57. *Vid.* Romeo Casabona, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, pp. 37 y ss; el mismo, “La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos”, en Juan I. Echano Basaldúa (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 513 y ss.
 58. *Vid.* el texto completo de esta resolución en Romeo Casabona, Emaldi Cirión, Escajedo San Epifanio, Nicolás Jiménez, Romeo Malanda, Urruela Mora, *La Ética y el Derecho ante la biomedicina del futuro*, pp. 74 y ss.
 59. Cfr. Jareño Leal, “El secreto profesional del médico”, p. 59.
 60. En relación con la confidencialidad médica respecto a pacientes menores de edad, un reciente estudio ha puesto de manifiesto la poca uniformidad de las decisiones de los profesionales sanitarios, si bien destaca que en general la actitud de los médicos españoles de atención primaria puede considerarse paternalista pese a las facultades que les confiere la legislación vigente. En concreto, destaca que en el caso del embarazo o de prácticas de riesgo, casi un 60% de los médicos encuestados informaban a los padres de los pacientes adolescentes, si bien en el caso de contagio de enfermedades de transmisión sexual, la confidencialidad es respetada en gran medida. *Vid.* Pérez Cárceles, Pereñíguez, Osuna, Pérez Flores, Luna, “Primary care confidentiality for Spanish adolescents: fact or fiction?”, pp. 329 y ss.
 61. *Vid.* sobre este particular, Romeo Casabona, Emaldi Cirión, Escajedo San Epifanio, Nicolás Jiménez, Romeo Malanda, Urruela Mora, *La Ética y el Derecho ante la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 56 y ss.
 62. En este mismo sentido, Jareño Leal, “El secreto profesional del médico”, p. 60. *Vid.* también, Romeo Casabona, Emaldi Cirión, Escajedo San Epifanio, Nicolás Jiménez, Romeo Malanda, Urruela Mora, *La Ética y el Derecho ante la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 64 y ss.
 63. Cfr. en el mismo sentido, de Lama Aymá, “La con-



- fidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad”, pp. 11 y 14.
64. En cuyo caso, sería de aplicación la causa de justificación de estado de necesidad (art. 20.5º CP).

- Vid.* Jareño Leal, “El secreto profesional del médico”, pp. 54 y s., con nota 41.
65. *Vid.* al respecto, Jareño Leal, “El secreto profesional del médico”, pp. 55 y s., con referencias legislativas.