

DEI S. PRAVIDE ET PRO

Revista

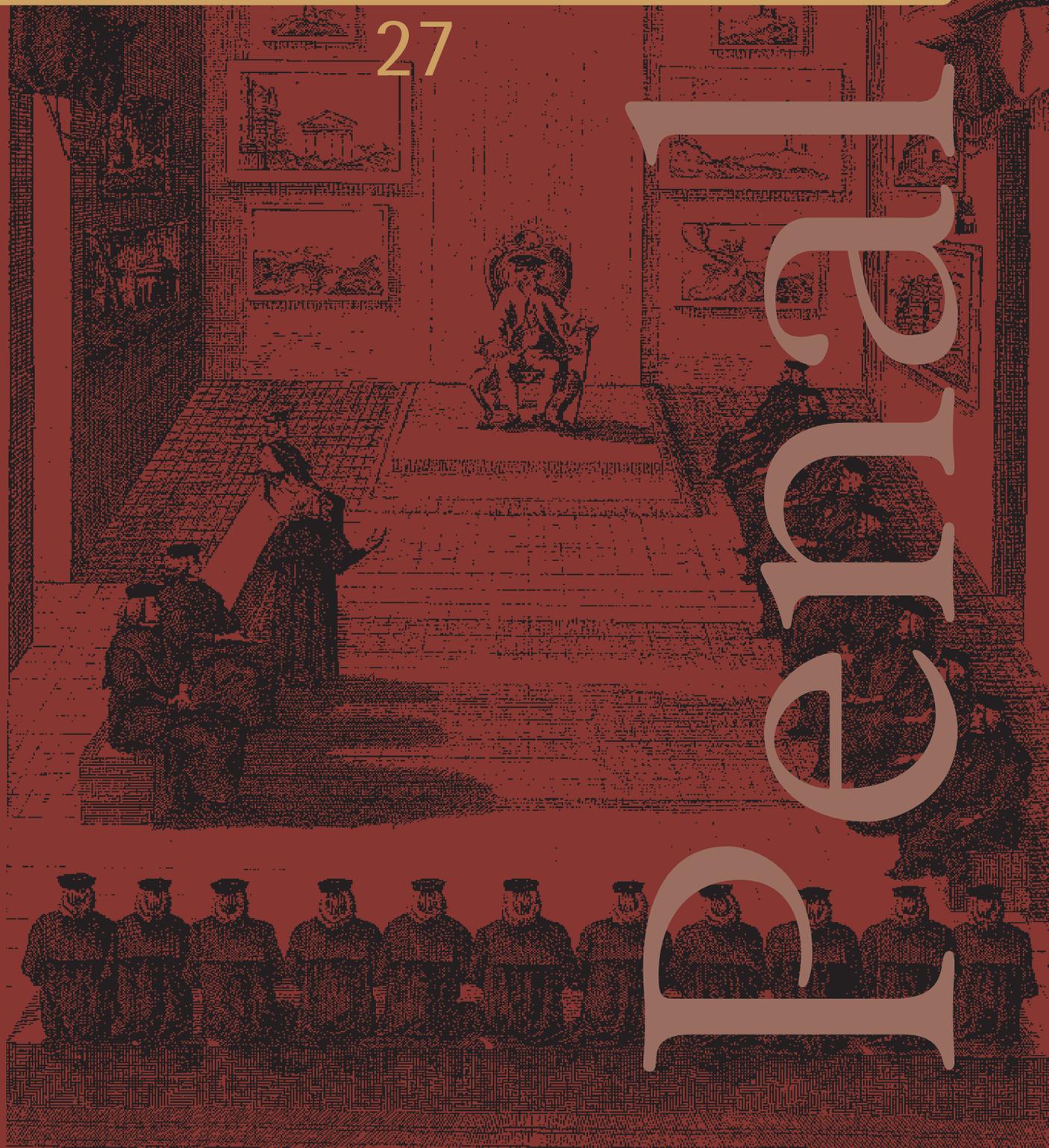
Enero 2011

27

Revista Penal

Enero 2011

Penal



Revista Penal

Número 27

Sumario

Especial Doctrina: El Derecho penal en la Unión Europea

- Obtención transnacional de pruebas. Diez tesis sobre el Libro Verde de la Comisión Europea sobre «Obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y la garantía de su admisibilidad», por *Kai Ambos* 3
- La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas, por *Alessandro Bernardi* 15
- Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles por *Luigi Foffani* 41
- Evaluación Legislativa y Racionalidad en el Ámbito Penal Europeo (y Nacional) por *Marta Muñoz de Morales Romero* 51
- La armonización del derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. *European Criminal Policy Initiative* y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea, por *Adán Nieto Martín* 78
- Manifiesto sobre política criminal europea 83

Doctrina

- ¿Un nuevo sistema de penas?: La *probation* y la suspensión de la ejecución de la pena, por *Miguel Abel Souto* 93
- Medios de comunicación y populismo punitivo. Revisión teórica del concepto y análisis de la reforma penal en materia de hurto, por *Joan Baucells Lladós y Luiz Peres-Neto* 111
- A setenta años de la migración republicana: los juristas, por *Sergio García Ramírez* 132
- La paulatina metamorfosis del juez de instrucción como juez de garantías: pautas jurídicas para la pervivencia de una arraigada institución por *Faustino Gudín Rodríguez-Magariños* 141
- La herencia de Franz von Liszt, por *Francisco Muñoz Conde* 159
- La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo por *Francisco Muñoz Conde y Hector Olásolo* .. 175
- La relevancia justificante del consentimiento de las menores de edad en el nuevo sistema de aborto no punible (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo) *Prof. Dr. Sergio Romeo Malanda* 191
- Introducción al sistema Anti-corrupción de la República Popular China, por *Shizhou Wang* 211

Sistemas penales comparados: Derecho Penal Tributario 216

Bibliografía: Notas bibliográficas sobre terrorismo y seguridad colectiva, por *Francisco Muñoz Conde* 271

Crónica. II International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era, Beijing, 2010 por *Juan Carlos Ferré Olivé y Miguel Ángel Núñez Paz* 283



Universidad de Salamanca



Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.
Con el apoyo económico de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P.Fletcher. Univ.Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac – Univ. Valencia
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)
Felipe Caballero Brun (Chile)
Shizhou Wang (China)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)
Adán Nieto Martín y (España)
Dimitris Ziouvras (Grecia)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)
Luigi Foffani y Luca Ramponi (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Ana Cecilia Morún y David Infante Henríquez (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman y Pinar Yazici (Turquía)
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168

Dep. Legal: B-28.940-1997

www.revistapenal.com

Suscripciones: Marcial Pons
Departamento Suscripciones
revistas@marcialpons.es
Tel: 0034 913043303
Fax: 0034 913272367



La relevancia justificante del consentimiento de las menores de edad en el nuevo sistema de aborto no punible (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo)¹

Prof. Dr. Sergio Romeo Malanda

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

Revista Penal, n.º 27.— Enero 2011

RESUMEN: El aborto es un delito recogido en el Código penal español de 1995. El 24 de febrero de 2010 se aprobó una Ley que reduce las restricciones al mismo. La nueva Ley permite la intervención sin restricciones hasta las 14 semanas y declara que algunas mujeres menores de edad son capaces para consentir el aborto por ellas mismas, aunque deban informar previamente a sus padres o representante legal si planean llevarlo a cabo. Sin embargo, no necesitan su autorización. Este requisito puede ser obviado si las menores alegan que informar a los padres o representantes legales las expondría a violencia familiar, amenazas o coacciones. En este artículo se analiza este elemento, que ha sido probablemente el más controvertido de la nueva Ley.

PALABRAS CLAVE: Menores de edad, derechos reproductivos, aborto, consentimiento, causa de justificación.

SUMMARY: Abortion is a Criminal offence under the Spanish Criminal Code of 1995. On 24 February 2010, The Spanish Senate passed a new Law that eases restrictions on Abortion. The new Law allows the procedure without any restrictions up to 14 weeks and declares some underage girls competent to consent abortions by themselves, although minors must inform their parents or legal guardian if they plan to undergo an abortion. However they do not need their permission. The requirement can be bypassed if minors show that informing a parent or guardian would cause expose them to violence within their family, threats or coercion. In this Article, we analyze this element, which has probably been the bill's most controversial issue.

KEY WORDS: Minors, reproductive rights, abortion, consent, justification.

I. Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico, el aborto es considerado un delito con carácter general. Sin embargo, el legislador ha previsto algunos supuestos en los que la interrupción voluntaria del embarazo no es punible, siempre que se cumplan determinados requisitos previstos en la Ley. Desde un punto de vista dogmático, nos encontramos ante una causa de justificación basada en la defensa del interés preponderante.² En efecto, se trataría de una ponderación

de los intereses en juego, en la que ciertos intereses de la madre son considerados de mayor relevancia que la vida prenatal.

En estos casos, el legislador no ha querido dejar la cuestión de la punibilidad o no punibilidad del aborto en el caso concreto a la reglas generales de las causas de justificación genéricas (es especial, el estado de necesidad), sino que ha optado por recoger unas causas de justificación específicas decidiendo de antemano cuál es el interés preponderante ante diversas situaciones de conflicto.

¹ Este artículo es una versión anotada y sustancialmente ampliada de mi trabajo «Las menores de edad ante el aborto: aspectos legales», en de los Reyes López, M. y Sánchez Jacob, M., *Bioética y Pediatría*, Ergon, Madrid, 2010.

² Sobre la discusión en torno a la naturaleza jurídica de los supuestos de aborto no punible, cfr. MOLINA BLÁZQUEZ, C. Y SIEIRA MUCIENTES, S., *El delito de aborto*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 75 y ss.

Como en toda causa de justificación, para que ésta pueda ser aplicada, es necesario que concurran todos sus elementos (esenciales e inesenciales). Entre ellos, en los supuestos que recogen el sistema de despenalización del aborto voluntario, se encuentra el de consentimiento de la mujer embarazada, cuyo alcance no ha sido nunca pacífico en nuestra doctrina. Además, las sucesivas reformas legislativas (penales y extrapenales) no han ayudado demasiado a la concreción de su efectivo alcance. En especial, en lo que respecta a las condiciones que debe reunir la mujer embarazada para prestar válidamente su consentimiento en la interrupción del embarazo, lo cual supondrá o no la punición del hecho.

En el presente trabajo se trata de analizar la regulación jurídica existente en nuestro país relativa a la capacidad de las jóvenes menores de edad para tomar decisiones por sí mismas en relación con la interrupción del embarazo, especialmente tras la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo³, ley que viene a modificar la legislación del aborto y que hace referencia específica a los abortos practicados en menores de edad. De este modo, la nueva regulación sobre capacidad de autodeterminación de las menores de edad en el ámbito reproductivo debe insertarse en un nuevo sistema de despenalización del aborto.

Tratándose de un elemento esencial de la antijuridicidad del delito de aborto, veremos cuál ha sido su evolución dogmática y normativa, a la luz de la problemática social suscitada en torno al mismo. Finalizaremos con su plasmación legal en la nueva Ley del aborto, realizando una valoración crítica de la misma.

II. El aborto de menores de edad como problema social

Año tras año las estadísticas muestran el alto número de abortos que se practican en nuestro país, incluidos los practicados en jóvenes y adolescentes. Los últimos datos existentes están recogidos en el Informe «Interrupción voluntaria del embarazo. Datos definitivos correspondientes al año 2008» (Ministerio de Sanidad y Consumo, 2009). En concreto, en el año 2008 se practicaron 14.939 interrupciones del embarazo en jóvenes de edad inferior a los

20 años (frente a los 15.307 abortos practicados en 2007), de las cuales 475 tenían menos de 15 años (frente a los 500 casos constatados en 2007), lo que parece frenar la escala ascendente que se venía produciendo (en 2007 el número de abortos en esta franja de edad había sido un 3,34% superior al de 2006). De ellos, 14.834 se basaron en la indicación terapéutica (grave riesgo para la salud de la madre), 87 en la indicación embriopática (malformaciones en el feto), y 9 en la indicación criminológica (violación). En otros 9 casos se alegó más de un motivo.

Según el Observatorio de Salud de la Mujer, el alto número de abortos en las jóvenes menores de 24 años cabe asociarlo a diversas causas⁴: a) cambios sociodemográficos con un fortísimo crecimiento de la inmigración; b) transformación en las condiciones de vida juvenil con un fuerte crecimiento del trabajo asalariado en condiciones de fuerte temporalidad y un correlativo y significativo abandono de los estudios en importantes colectivos de lo que podríamos llamar clases medias y medias bajas; c) afirmación progresiva de una sexualidad joven cada vez más temprana y generalizada, unido a la disminución de la edad de aparición del primer periodo menstrual; d) las características psicológicas propias de la adolescencia: las limitaciones de los adolescentes para hacer previsiones a medio y largo plazo, el estilo de vida centrado en la vivencia plena del momento, la dificultad de someterse a cualquier tipo de disciplina, el rechazo a las indicaciones que vienen del mundo de los adultos, el voluntarismo de asumir las consecuencias de sus propios actos, la repulsión al compromiso, la valoración de lo espontáneo y natural de los comportamientos sexuales y la presión de los iguales o atracción por las situaciones de riesgo; e) la imagen que los medios de comunicación ofrecen de la actividad sexual que prioriza la gratificación personal del instante dentro de una magnificada naturalidad y espontaneidad en los encuentros sexuales, dejando al azar las medidas preventivas; f) la importante caída del esfuerzo institucional y educativo en el ámbito de la Educación para la Salud en el Sistema Educativo.

La consecuencia de dicho conjunto de cambios es el crecimiento del número de los y las jóvenes sexualmente activos en un entorno en el que la «educación afectivo-sexual» evidencia un cierto déficit. De ahí, el alto número de los abortos en dichas generaciones.

3 Publicada en el BOE de 4 de marzo de 2010. Según dispone la Disposición Final sexta, «[l]a Ley entrará en vigor en el plazo de cuatro meses a partir del día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»», lo cual se ha producido el día 5 de julio de 2010. Esta Ley ha sido desarrollada por dos reales decretos (BOE de 26 de junio de 2010): el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; y el Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo (que deroga y sustituye al Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo). Ambas disposiciones reglamentarias entran en vigor el mismo día que la LO 2/2010.

4 Cfr. OBSERVATORIO DE SALUD DE LA MUJER (Ministerio de Sanidad y Política Social), *Estudio sociológico: contexto de la interrupción voluntaria del embarazo en población adolescente y juventud temprana*, [URL: http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/INFORME_DEFINITIVO_contexto_interrup_voluntar_embarazo_en_poblacion_adolescente_y_juventud_tempr.pdf]; EL MISMO, *La interrupción voluntaria del embarazo y los métodos anticonceptivos en jóvenes*, 2006 [URL: <http://www.msc.es/novedades/docs/interrupcion2006.pdf>]

Las estadísticas sobre las interrupciones voluntarias de embarazos no permiten, todavía, conocer a nivel de toda España cuál es su peso en las jóvenes autóctonas y en las jóvenes inmigrantes. Pese a ello, existen algunos datos que permiten pensar que el porcentaje de abortos asociados a las jóvenes inmigrantes vendría a jugar una función decisiva en el crecimiento global de los mismos. Descontadas las cifras de interrupciones voluntarias del embarazo asociadas a las jóvenes inmigrantes, no está muy claro que se haya experimentado un crecimiento de abortos como para generar la alarma social que ciertos titulares de prensa han subrayado en los últimos tiempos.

III. Consideraciones generales sobre la regulación del aborto no punible en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo

El aborto suele definirse como «dar muerte al embrión o feto humanos, bien en el claustro materno, bien provocando su expulsión prematura. En este último caso se exige la falta de viabilidad y de madurez del feto expulsado»⁵. La doctrina dominante entiende que el delito de aborto protege el bien jurídico «vida humana prenatal». También el Tribunal Constitucional, en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, ha manifestado que la vida humana prenatal goza de reconocimiento constitucional, lo cual requiere su protección, incluso a través del Derecho penal.

En la actualidad, el aborto es un delito regulado en los arts. 144 y ss. del Código penal de 1995, los cuales han sido reformados parcialmente por medio de la LO 2/2010 (en concreto, ha sido objeto de modificación el art. 145 CP, y se ha añadido un nuevo precepto, el art. 145 bis CP). Se castiga tanto si el aborto se produce sin consentimiento de la mujer (o habiéndolo obtenido mediante violencia, amenaza o engaño), como si existe consentimiento por parte de la misma, en cuyo caso ésta también recibirá una sanción

penal (aunque de menor intensidad). Además, el aborto se castiga aunque se haya cometido por imprudencia, si bien en este caso la mujer no será penada. No obstante lo anterior, nuestra legislación penal recoge una serie de circunstancias en las que la interrupción de un embarazo no dará lugar a sanción penal alguna.

Con la introducción del artículo 417 bis) en el antiguo Código penal (por medio de la Ley Orgánica 9/1985, del 5 de julio), el legislador español optó inicialmente por un sistema de indicaciones. Las tres indicaciones que preveía nuestro ordenamiento jurídico eran las siguientes: a) *indicación terapéutica*: cuando el aborto sea necesario para evitar un grave peligro para la salud física o psíquica de la embarazada; b) *indicación criminológica*: si el embarazo ha sido consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación; y c) *indicación embriopática*: si se presume que el feto va a nacer con graves taras físicas o psíquicas.

Sin embargo, tras la aprobación de la LO 2/2010, este sistema de indicaciones ha dado paso a un sistema de plazos, de tal manera que el aborto consentido por la mujer embarazada será impune si éste se lleva a cabo dentro de un determinado espacio temporal (en concreto, catorce semanas).

La sustitución del sistema de indicaciones (puro) por un sistema de plazos no modifica, sin embargo, la naturaleza de la causa de justificación, que sigue basándose en la defensa del interés preponderante. Lo único que varía es la relevancia otorgada a los intereses en juego.⁶

En efecto, con el sistema de las indicaciones se hacía una valoración caso por caso, llegándose a la conclusión de que en tres supuestos (y sólo en ellos) existían ciertos intereses de la madre que se consideraban de mayor entidad que la vida prenatal. Así, lo reconoció el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, tanto respecto a la indicación terapéutica⁷, como de la criminológica⁸ o de la embriopática⁹.

5 ROMEO CASABONA, C.M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, p. 152.

6 V. en este sentido, COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Opinión sobre el Proyecto de Ley Orgánica sobre Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 2009, pp. 12 y s. De otra opinión, BERNAL DEL CASTILLO, J., «Valoración político-criminal de la propuesta de reforma del delito de aborto de 2009», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 98 (2009), p. 14.

7 «En cuanto a la indicación de «grave peligro» para la vida de la embarazada, si la vida del «nasciturus» se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre. En cuanto al supuesto de «grave peligro» para la salud de la embarazada, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada» (STC 53/1985, ff.jj. 17 y 18).

8 La justificación de esta indicación se encuentra en el hecho de que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto contrario a la voluntad de la mujer, lesionado de esta forma en grado máximo el libre desarrollo de su personalidad (además vulnerar gravemente su derecho a la integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal). «Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexistente: la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársela como un mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso y obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos» (STC 53/1985, f.j. 19).

9 «El núm. 3 del artículo contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una

Con la implantación de un sistema de plazos el legislador valora como interés preponderante, con carácter general, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de autodeterminación de la mujer, y más concretamente, su libertad de autodeterminación en el ámbito sexual y reproductivo.¹⁰

Con este cambio de criterio, el legislador no hace más trasladar al ámbito normativo una evidente evolución del sentir social a este respecto (sin perjuicio, por supuesto, de las valoraciones personales sobre esta cuestión, que no han de coincidir necesariamente con la percepción del legislador). Sentir social que se manifiesta en el continuo aumento de abortos (de dudosa legalidad, por lo que respecta al estricto cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para su práctica) y a la práctica total ausencia de persecuciones penales al respecto.

Una simple lectura de las estadísticas que anualmente nos ofrece el Ministerio de Sanidad¹¹ nos permite llegar sin demasiada dificultad a dicha conclusión. Así, podemos observar cómo el número de abortos se ha duplicado en los últimos 10 años¹², pasando de un total de 58.399 en el año 1999, a 115.812 en el año 2008 (siendo constante el aumento año tras año). Estos datos parecen dejar claro que cada vez existe una mayor aceptación de la preponderancia de la libertad reproductiva frente a la vida prenatal, bien sea porque cada vez se aborta más, bien sea porque cada vez se acude en mayor medida a centros acreditados para su práctica, lo que acentúa la percepción de «normalidad» del hecho (ya no se considera necesario abortar clandestinamente).

Pero evidentemente, las mujeres no podría abortar si los profesionales sanitarios no practicarán los abortos, lo cual poner de manifiesto que también en este estamento profesional se ve con normalidad la interrupción del embarazo. Y evidentemente también, los médicos sería más rigurosos en el cumplimiento estricto de la Ley si la justicia persiguiera las conductas contrarias a la misma, lo cual, como hemos dicho, no hace, poniendo, igualmente, de manifiesto la aceptación de esta realidad también en el estamento judicial (incluyendo aquí al Ministerio Fiscal).

Evidentemente, podría decirse que los médicos practican abortos, y los jueces no persiguen dichas intervenciones, porque se cumple la Ley, es decir, porque cuando se actúa se hace dentro del ámbito de la indicación correspondiente. De nuevo los datos estadísticos nos hacen pensar que esto no es así.

Efectivamente, de todos los abortos practicados, el 97% de los mismos se realiza al amparo de la indicación terapéutica. Además, de ellos, únicamente el 12% se lleva a cabo en un centro hospitalario (el 88% se practica en centro extrahospitalario). Y el dato más revelador, el 98% de lo abortos se practican en centros privados. Con estos datos en la mano, no parece muy difícil llegar a la conclusión de que la indicación terapéutica se está aplicando de una manera muy poco rigurosa: por un lado, porque no parece lógico que en una sociedad en la que se producen avances médicos constantemente, cada vez haya más mujeres que tengan problemas de salud durante el embarazo que requiera su interrupción; segundo, porque incluso si ello fuera así, no parece lógico que en un país en el que predomina la sanidad pública, frente a un problema de salud, se acuda sistemáticamente a la sanidad privada (previo pago, en vez de utilizar los servicios asistenciales gratuitos de la sanidad pública, donde también se practican interrupciones del embarazo si efectivamente se acredita su idoneidad terapéutica).

Frente a esto, únicamente caben, a nuestro juicio, dos opciones. O bien el legislador acepta la realidad y opta por un sistema de plazos, que reconozca como interés preponderante la libertad de autodeterminación de la mujer; o bien se exige a los órganos judiciales que investiguen y persigan aquellas conductas en las que se incumplan los requisitos legales. Frente a esta dicotomía, con la LO 2/2010 se ha optado por la primera de las opciones.

No obstante lo anterior, en realidad, el nuevo sistema jurídico es de carácter mixto, pues junto al referido periodo de tiempo, también se prevé la posibilidad de practicar lícitamente un aborto más allá de dicho plazo si concurren determinadas circunstancias (indicaciones).

De este modo, según el art. 14 LO 2/2010, «podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad (...); b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención». Por su parte, el art. 15 LO 2/2010 prevé una serie de supuestos en los que, excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas, a saber, grave riesgo para la vida o la salud de la

conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales. Sobre esta base, este supuesto no es inconstitucional. En relación con él y desde la perspectiva constitucional ha de ponerse de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del art. 49 de la Constitución —incluido en el capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», del Título I, «De los derechos y deberes fundamentales»— y la protección de la vida del «nasciturus» comprendida en el art. 15 de la Constitución» (STC 53/1985, f.j. 20).

10 V. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Opinión sobre el Proyecto de Ley Orgánica sobre Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 2009, pp. 16.

11 V. MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, *Interrupción Voluntaria del Embarazo*. Datos definitivos correspondientes al año 2008, 2009 [en línea: http://www.msps.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/docs/publicacionIVE_2008.pdf]

12 No se tienen en cuenta, por razones obvias, los denominados abortos «clandestinos».

embarazada —siempre que no se haya superado las veintidós semanas de gestación—, y riesgo de graves anomalías en el feto, también antes de las veintidós semanas de gestación (sin plazo en el caso de que se hayan detectado anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico).

Además de ciertas condiciones relativas a cada una de las indicaciones referidas, se exige, con carácter general, que el aborto sea practicado por un médico especialista o bajo su dirección, en un centro sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, de su representante legal (art. 13 LO 2/2010).

Por lo que respecta al consentimiento de la mujer embarazada, no cabe duda alguna de que éste debe ser libre y voluntario. Ello requiere que la paciente sea informada previamente a la intervención acerca de los aspectos esenciales de la misma (art. 17 LO 2/2010). El consentimiento debe estar libre de vicios, esto es, no debe haber sido obtenido mediante error, engaño, fuerza o coacción.

IV. Capacidad de las menores de edad para consentir un aborto

1. Régimen jurídico previo a la aprobación de la Ley 41/2002

Tras la aprobación del artículo 417 bis) anteriormente mencionado (vigente entre los años 1985 y 2010) surgió la duda sobre si la edad de la mujer gestante debía ser relevante a efectos de prestar un consentimiento válido, pues nada se decía sobre esta cuestión en la citada norma. A este respecto, debía tenerse 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 este modo, para determinar la capacidad para consentir una intervención médica había que remitirse al marco general previsto por el Derecho civil, contenido en el art. 162.II 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*», al cual cabía añadir los apartados 5 y 6 del art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (actualmente derogados)¹³.

De tales preceptos 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 capacidad 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 mismo¹⁴.

En definitiva, lo establecido en el art. 162.II.1º CC permitía afirmar que la mujer menor de edad, en la medida en que la decisión de continuar o no el embarazo en los casos de conflicto que integran las indicaciones legales es un acto personalísimo, podía solicitar y consentir eficazmente, sin necesidad de autorización de padres o tutores, en la práctica del aborto si a juicio del facultativo tenía capacidad suficiente¹⁵. 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 profesional¹⁶. 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 caso¹⁷; otros autores mantenían que la capacidad requerida para consentir

13 Vid. ROMEO MALANDA, S., «El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario», *Diario La Ley*, 2000-7, pp. 1453 y ss.

14 GALÁN CORTÉS, J.C., *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, Madrid, 1997, p. 33; GONZÁLEZ MORÁN, L., «El artículo 162-1º del Código Civil y el derecho del menor a la salud», en González Porras, J.M. (ed.), *La tutela de los derechos del menor*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1984, pp. 219 y ss.

15 ARROYO ZAPATERO, L., «Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización», *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, 1988, p. 14; ROMEO CASABONA, C.M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 336 y ss.; ROMEO MALANDA, «El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario», p. 1460; DOLZ LAGO, M.J., «Menores embarazadas y aborto: ¿quién decide?», *Actualidad Penal*, nº 29, 1996, p. 548.

16 ARROYO ZAPATERO, «Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización», p. 14.

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

era la equivalente a la imputabilidad¹⁸; o se exigía la edad prevista por el ordenamiento jurídico para contraer matrimonio, esto es, los catorce años¹⁹.

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

2. Régimen jurídico con la Ley 41/2002 en su versión original (antes de la reforma operada por la LO 2/2010)

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) supuso la modificación de algunas de las principales cuestiones de Derecho médico en España, creando así un nuevo marco jurídico en el ámbito biomédico. En esta Ley se regula por primera vez el valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario (art. 9.3.c LAP).

La LAP no modifica el criterio recogido en el referido art. 162.II CC, sino que lo concreta en relación con el consentimiento otorgado en el ámbito biomédico. El art. 9.3 LAP dispone lo siguiente: «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 obrar del menor no depende de su edad, sino de la capacidad para comprender los pros y los contras del tratamiento, así como del alcance y consecuencias de su decisión. Será el médico que atiende al paciente menor en cada caso concreto quién deberá determinar si éste posee la capacidad requerida. De ser ello así, la voluntad del menor será suficiente para amparar el acto médico; de lo contrario deberá recabarse el consentimiento de sus representantes legales²⁰.

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 emancipados²¹ y, en todo caso, en los mayores de dieciséis años²².

No obstante lo anterior, no puede obviarse la obligación (de rango constitucional) de los padres y representantes legales del menor de velar por sus intereses, lo que puede llevar a tomar decisiones que restrinjan su voluntad, incluso en el ejercicio de los derechos de la personalidad. Por otro lado, tampoco puede desconocerse el papel que le corresponde cumplir al Estado en la defensa de los intereses de los menores de edad.

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»²³, sin

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

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

20 SANTOS MORÓN, M.J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, 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», *Diario La Ley*, 12 de diciembre de 2002, p. 4; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «La minoría madura», p. 80.

21 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; ROMEO CASABONA, C.M., «Consentimiento informado y teoría general del Derecho», en *Responsabilidad médica y sanitaria*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2003, p. 83.

22 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.* GRACIA, D., JARABO, Y., MARTÍN ESPILDORA, N., y RIOS, J., «Toma de decisiones con el paciente menor de edad», en *Ética en la práctica clínica*, GRACIA, D. y JÚDEZ, J. (eds.), Triacastela, Madrid, 2004, pp. 132 y s.

23 ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 62. *Vid.* también pp. 268 y ss.

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 (...)»²⁴. Así, el poder legislativo está capacitado para aprobar 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.

De esta manera, no debe extrañar que el legislador haya previsto (no sólo en la LAP) ciertas restricciones al ejercicio de los derechos de la personalidad por parte de menores de edad. Así, según el art. 9.4 LAP (en su redacción original), dispuso que «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».

Tras la aprobación del art. 9.4 LAP, se suscitó un debate doctrinal acerca de si dicho precepto modificaba el régimen legal expuesto más arriba.

Así, para ciertos sectores sociales y de la doctrina científica, la regulación contenida en la LAP (en especial, su art. 9.4) no impedía entender que las menores de edad embarazadas que desearan abortar, siempre dentro del marco legal previsto en la legislación penal, estaban plenamente capacitadas para tomar la decisión por sí mismas, siempre que tuvieran suficiente capacidad de juicio para entender el significado de su decisión. Quienes mantenían *de lege lata* esta postura otorgaban una importancia esencial a la remisión a la mayoría de edad «con carácter general». Así, según estos autores, «ello permite mantener la operatividad de las disposiciones civiles que reconocen disponibilidad al menor en el ejercicio de derechos personalísimos»²⁵. 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.

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 resultó enormemente controvertida²⁶. 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. La principal crítica que se hacía a los mismos era que eran contrarios a la legislación vigente, la cual resultaba de obligada aplicación. La Sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona nº 12, de 17 de septiembre de 2007, 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, finalmente anula los preceptos discutidos por otras razones.

En cambio, la doctrina dominante entendió, a nuestro juicio con mejor criterio, que la referencia que el art. 9.4 LAP hacía a la mayoría de edad debía ser interpretado en el sentido de que éste recogía una excepción expresa a la

²⁴ *Ibid.*, p. 63.

²⁵ GARCÍA ARÁN, M., en *Comentarios al Código penal. Parte Especial. Tomo I*, en Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (dirs.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 73. De la misma opinión, DE LAMA AYMA, A., «La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad», *InDret*, nº 2 (2006), pp. 12 y ss. (*on line* en www.indret.com); FEIJÓO SÁNCHEZ, B., en Bajo Fernández, M. et al., *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 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 90, parecía dispuesto a aceptar este criterio.

²⁶ Más ampliamente sobre este particular, ROMEO MALANDA, S., «Minoría de edad y aborto: algunas consideraciones sobre consentimiento y confidencialidad», en Adroher Biosca, S., de Montalvo Jääskeläinen, F., Corripio Gil-Delgado, M.R., y Veiga Copo, A.B. (coords.), *Los Avances del Derecho antes los avances de la medicina*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008, pp. 516 y ss.

regla general de capacidad natural de juicio prevista en el art. 9.3 LAP²⁷. Esta es también la interpretación que se impuso en la práctica. En definitiva, con la referencia a la mayoría de edad, el art. 9.4 LAP quiso exigir que quienes se sometieran a las prácticas en él referidas tuvieran una edad superior a los dieciocho años; y en caso contrario exigir la intervención de sus representantes legales.

En consecuencia, todo aborto realizado aceptando el consentimiento de una menor 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.

V. El proyecto de Ley del aborto y la discusión en torno a la cuestión de la minoría de edad

Como se ha dicho, el citado art. 9.4 LPA resultó muy controvertido desde su aprobación²⁸ debido a la restricción que suponía a la capacidad de autodeterminación de las menores de edad. Efectivamente, esta regulación no resultaba satisfactoria, y así lo puso de manifiesto un amplio y autorizado sector de la doctrina. 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»²⁹, 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 civil. En el mismo sentido, señalaba Romeo Casabona que «es censurable esta solución en los casos de madurez de la gestante menor, y más aún si está emancipada, pues es evidente que contradice un principio fundamental de la representación, conforme al cual ésta queda excluida de los bienes personalísimos»³⁰. Recientemente, la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1607 (2008), de 16 de abril, ha señalado que «la decisión última de practicarse o no un aborto debería ser un asunto que sólo concierne a la mujer, y ella debería tener los medios para ejercer ese derecho en una forma efectiva» (Recomendación sexta).

A ello se puede añadir, como expone la profesora Parra Lucán, 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»³¹. Por ejemplo, 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; o al contrario, si la menor desea abortar contra la opinión de sus representantes legales, que se niegan a consentir la intervención. Más aún, puede suceder que la menor esté emancipada (incluso casada) y que haga vida independiente de sus padres, los cuales pueden residir en una localidad lejana o con los que ha perdido toda relación paterno-filial, o incluso que éstos hayan fallecido o les haya sido retirada la patria potestad, y no haya sido nombrado un representante legal.

En situaciones como las descritas, ante la falta de validez del consentimiento prestado por la menor de edad, resultaba necesario acudir ante la autoridad judicial, quien tendría que adoptar su decisión velando por el mayor interés de la misma, y si fuera necesario debería nombrarse a ésta un defensor (art. 163 CC).

Esto fue lo acontecido en el caso resuelto por el Juzgado de Primera Instancia nº 80 de Madrid, en la Sentencia de 1 de abril de 2008³², que versa sobre la solicitud de una menor de edad para proceder a la interrupción voluntaria del embarazo, tras la negativa a autorizarlo por parte de sus representantes legales (se encontraba bajo la tutela de la Comunidad Autónoma de Madrid). Expone esta sentencia: «Y, en el presente caso, oída la menor, que ha sido considerada como una niña con un alto nivel de madurez, según los especialistas en psiquiatría que la han examinado, que cuenta con 16 años de edad, y ponderando todos los intereses en conflicto, el riesgo que la continuación de su embarazo puede suponer para su integridad psíquica, así como las graves consecuencias que para su vida puede conllevar la continuación del embarazo, obligándola a tener un hijo que no quiere, pagando para ello un alto precio, no solo por el riesgo para su salud, sino por la necesidad de romper con sus vínculos sociales, con el consiguiente daño que ello implica, riesgo que ha sido constatado como real y objetivo, habiéndolo puesto de

27 Vid. ROMEO MALANDA, «Minoría de edad y aborto: algunas consideraciones sobre consentimiento y confidencialidad», pp. 509 y ss. Por ello, no se comprende la afirmación de la diputada Rosa Díez González (Grupo Mixto) ante el Pleno del Congreso de los Diputados, de que permitir abortar a las menores de edad sin recabar el consentimiento paterno «es una incongruencia con el resto de la legislación». Vid. *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Pleno y Diputación Permanente. IX Legislatura, núm. 127, 26 de noviembre de 2009, p. 28.

28 Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., «Dos apuntes en materia de responsabilidad médica», *Derecho y Salud*, Extraordinario XI Congreso de Derecho y Salud (2003), p. 4.

29 LEMA AÑÓN, C., «Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo», *Jueces para la Democracia*, Núm 43 (2002), p. 35.

30 ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, p. 191.

31 PARRA LUCÁN, M.A., «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.

32 *Diario La Ley*, nº 6953, Sección La Sentencia del día, 26 de mayo de 2008.

manifiesto todos los agentes sociales que ha intervenido con la menor, y con las secuelas de todo orden que esto puede suponer para cualquier persona, más aun para una adolescente, con una frágil salud emocional, que ha vivido separada de su madre desde que tenía dos años, y con una vida familiar desestructurada, en una cultura como la de la etnia a la que pertenece y con el desarraigo que conllevaría la continuación de su embarazo, se considera procedente la adopción de la medida solicitada al amparo de lo dispuesto en el apartado 4.º del artículo 158 del Código Civil, por ser a fin de evitar a la menor los perjuicios que la continuación de su embarazo podría ocasionarle, siendo lo más beneficioso para la menor autorizarla para proceder a la interrupción voluntaria de su embarazo, siempre bajo la supervisión de los servicios públicos que ostentan su tutela, y siempre y cuando se observe los restantes requisitos señalados en el artículo 417 bis del Código Penal para que el hecho no sea constitutivo de infracción penal» (fundamento jurídico 5).

De esta manera, la doctrina mayoritaria, así como diversos organismos e instituciones, venían abogando, desde la aprobación de la LAP, por su modificación en lo que respecta a la capacidad para consentir la interrupción voluntaria del embarazo por parte de las menores de edad embarazadas, requiriéndose la aplicación en estos casos del régimen general, pues no se alcanzaba a ver la razón que pudiera justificar un tratamiento diferenciado en este caso, al menos por lo que respecta al consentimiento.

Es en este contexto de discusión doctrinal donde debe encuadrarse la decisión del gobierno de modificar el art. 9.4 LAP, aprovechando la reforma de la legislación del aborto³³, en el sentido de excluir la interrupción del embarazo de los supuestos en los que, excepcionalmente, se requería la mayoría de edad para consentir válidamente un acto médico.

Esta decisión venía avalada por el *Informe del Comité de personas expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuesta para una nueva regulación*, de 5 de marzo de 2009, el cual señala lo siguiente: «Son numerosas las razones que indican la necesidad de eliminar el aborto del catálogo de excepciones a las normas generales. La principal es que la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho personalísimo que afecta a la intimidad y a la libertad de las mujeres, y el Código Civil sostiene que el ejercicio de los derechos personalísimos de los menores está excluido del ejercicio de

la patria potestad. En segundo lugar, se permite el matrimonio a partir de los 16 años de los jóvenes emancipados. Por otro lado, el derecho penal reconoce que a los 13 años un menor tiene madurez suficiente para decidir sobre su sexualidad, de donde se sigue que igualmente debería reconocérsele la facultad de tomar decisiones sobre las consecuencias de sus relaciones sexuales».

Tras la presentación del referido Proyecto de Ley, el debate en torno a esta cuestión se avivó más aún, si cabe, centrándose la discusión en torno a dos cuestiones fundamentales: por un lado, la conveniencia de dotar a las menores de edad de capacidad para consentir por sí mismas un aborto, sin intervención de sus representantes legales; y por otro, la necesidad de exigir que, al menos, éstos fueran informados de la voluntad de la menor de interrumpir el embarazo, cuestión ésta que no había sido prevista en el texto original de la reforma legal.

Este debate se ha suscitado esencialmente en las discusiones parlamentarias (tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado) producidas durante la tramitación del proyecto de Ley. Hay que recordar que en el proyecto de Ley presentado por el Gobierno simplemente se contiene la modificación del art. 9.4 LPA, de tal manera que la decisión de abortar de una menor de edad pasaría a regirse por la regla general contenida en el art. 9.3.c) LPA, sin ningún tipo de requisitos adicionales. Así lo manifiesta la Ministra de Igualdad (Bibiana Aído Almagro) en su intervención ante el Pleno del Congreso, cuando dice que «hemos incluido la eliminación de la excepción establecida en la Ley de Autonomía del Paciente, de 2002, de manera que la interrupción voluntaria del embarazo se equipare al resto de prestaciones sanitarias», esgrimiendo como razón para ello la protección de «la salud de las jóvenes y evitar a toda costa la clandestinidad e inseguridad que pueda ponerlas en riesgo»³⁴. Sin embargo, esta modificación legal fue muy criticada por un amplio espectro parlamentario, alegando que «esta medida solo sancionará como algo natural e inevitable la ignorancia y la irresponsabilidad en las relaciones sexuales, promoviendo el recurso al aborto como un sistema anticonceptivo habitual entre las adolescentes»³⁵, o bien que ello limita gravemente al ejercicio de la patria potestad, desprotegiendo, a su vez, «a las menores de edad privándolas del consejo, la confianza y el cariño de sus padres ante lo que puede ser una de las situaciones más difíciles de su vida»³⁶. Por ello, algún grupo parlamentario (Joseba Agirretxea Urresti, en representación del

33 *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 2 de octubre de 2009, Núm. 41-1.

34 *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Pleno y Diputación Permanente. IX Legislatura, núm. 127, 26 de noviembre de 2009, p. 26. También en la intervención del portavoz del Grupo Socialista (José Antonio Alonso) se hace alusión a al propósito de evitar que se acuda a circuitos clandestinos de aborto, para justificar la reforma legal a este respecto (p. 40).

35 Así, la diputada Rosa Díez González (Grupo Mixto). *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Pleno y Diputación Permanente. IX Legislatura, núm. 127, 26 de noviembre de 2009, p. 29.

36 Así, la diputada Sandra Moneo Díez (Grupo Parlamentario Popular). *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Pleno y Diputación Permanente. IX Legislatura, núm. 127, 26 de noviembre de 2009, p. 31. En la misma dirección se encuentra la intervención de la diputada Concepción Tarruella Tomás (Grupo Catalán), p. 35.

Grupo Parlamentario Vasco), defiende la necesidad de que se notifique o comunique a los padres o tutores de las jóvenes embarazadas la decisión de abortar³⁷. Estas discrepancias vuelven a ponerse de manifiesto en el trámite de enmiendas³⁸. Así, en las enmiendas núm. 2 (a la totalidad) y núm. 83 (Grupo Parlamentario Popular), se vuelve a incidir en el vaciamiento de contenido de la patria potestad, desvirtuando así esta institución, y en la desprotección de las menores, y al mismo tiempo muestra su preocupación por el hecho de que las menores puedan pasar a ver el aborto como un método anticonceptivo más. También el Grupo Parlamentario Catalán (enmienda a la totalidad núm. 4) habla de «degradación de la patria potestad», afirmando que «[p]ocas decisiones se pueden tomar a estas edades de más trascendencia, pocas hay donde tenga más sentido el contenido de la potestad parental que es cuidar y velar por los hijos y educarlos. Pocas hay donde tenga menos sentido excluir y apartar a los padres —incluso de su conocimiento—, abandonando a las hijas al albur de todo tipo de presiones, y también de consejos de personas —por muy técnicas y bien intencionadas que sean— que ni las conocen como el padre y la madre, ni las aman como el padre y la madre». Por su parte, las enmiendas núm. 11 (Grupo Parlamentario Mixto) y núm. 121 (Grupo Parlamentario Vasco), abogan por añadir un deber de información previa a los padres, tutores o representantes legales, aunque el consentimiento para la intervención deba ser prestado por la menor (a salvo de introducir alguna excepción para los casos graves de desestructuración familiar). Esta exigencia de información a los representantes legales de la menor se añadió al proyecto de Ley en el Dictamen de la Comisión³⁹

y está recogida, tras su paso sin modificaciones por el Senado⁴⁰, en el texto finalmente aprobado.

Además de los oportunos debates parlamentarios, diversos organismos se han sumado a la discusión pública, por medio de la elaboración de informes de distinta naturaleza. A este respecto, pueden citarse los informes del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Estado y del Consejo Fiscal, así como la opinión del Comité de Bioética de España a propósito del proyecto de Ley Orgánica de Salud sexual y reproductiva y de la Interrupción voluntaria del embarazo.

El *Consejo General del Poder Judicial* ha tenido que elaborar un informe de carácter preceptivo en relación con el anteproyecto de Ley, en cumplimiento de lo previsto en los apartados e) y f) del art. 108.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Dadas las discrepancias suscitadas en su seno, finalmente han sido dos los informes elaborados, si bien ninguno de ellos ha obtenido la mayoría suficiente para su aprobación, por lo que no existe una toma de postura oficial de este organismo⁴¹. Los 21 miembros del Consejo votaron la propuesta del informe elaborado por la vocal Margarita Uribe Etxebarria, y el resultado de la misma fue de 10 votos a favor del mismo (favorable al proyecto de Ley), 10 en contra, y una abstención. Se aplicó la teoría del «quorum impar» según la cual cuando los presentes suman un número impar no se aplica el voto de calidad del presidente. Existe una enmienda al proyecto de informe elaborada por los vocales Concepción Espejel Jonquera y Claro José Fernández-Carnicero González. Por lo que respecta al tema que nos ocupa, el proyecto de informe se muestra partidario de la aplicación

37 *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Pleno y Diputación Permanente. IX Legislatura, núm. 127, 26 de noviembre de 2009, p. 38.

38 *Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. IX Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. Núm. 41-7, 1 de diciembre de 2009.

39 *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. IX Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. Núm. 41-9, 17 de diciembre de 2009.

40 Los debates suscitados y las enmiendas presentadas en el Senado tienen un contenido similar (o idéntico) a los del Congreso de los Diputados, por lo que no me detendré en su exposición. Pueden consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*. IX Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley. Núm. 39 (d), 17 de febrero de 2010; *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado*. Sesión del Pleno celebrada el 24 de febrero de 2010, IX Legislatura, Núm. 69.

41 Puede plantearse la duda de si la ausencia de un informe preceptivo puede invalidar la norma aprobada, en este caso la LO 2/2010. Según señala la STC 108/1986, de 29 de julio (Ponente: Ángel Latorre Segura), en su Fundamento de Derecho 3, «[l]a ausencia de un determinado antecedente [se refiere a un informe del Consejo General del Poder Judicial sobre un proyecto de Ley] sólo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión, pero, en este caso, el defecto, que tuvo que ser conocido de inmediato, hubiese debido ser denunciado ante las mismas Cámaras y los recurrentes no alegan en ningún momento que esto ocurriese. No habiéndose producido esa denuncia, es forzoso concluir que las Cámaras no estimaron que el informe era un elemento de juicio necesario para su decisión, sin que este Tribunal pueda interferirse en la valoración de la relevancia que un elemento de juicio tuvo para los parlamentarios». *Vid.* también, ALVAREZ CONDE, E., «El ámbito competencial del consejo general del poder judicial y las comunidades autónomas», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 16 (1993), p. 30.

De este modo, en relación con la LO 2/2010, ni la falta del informe fue denunciada durante la tramitación parlamentaria de la Ley, ni puede afirmarse que materialmente ese informe no haya existido, pues éste llegó a elaborarse y es de conocimiento público (al igual que la enmienda al mismo). Por ello, puede decirse que la existencia de dos informes ampliamente publicitados, así como de una votación en la que se puso de manifiesto la imposibilidad del Consejo General del Poder Judicial de llegar a un acuerdo entre dos posturas enfrentadas, es suficiente para entender cumplido el trámite legal referido.

del régimen general de la capacidad natural de juicio para consentir un aborto (conclusiones decimoquinta y decimosexta), mientras que la enmienda al proyecto de informe muestra su disconformidad con este hecho (conclusión décimoprimera).

Por su parte, el *Consejo de Estado*, como supremo órgano consultivo del Gobierno (art. 107 CE), emitió un dictamen solicitado por la Ministra de Igualdad al amparo del art. 25.1 de la LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y que tiene por objeto el anteproyecto de la Ley Orgánica sobre Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Este dictamen entiende que no plantea ningún problema aplicar las reglas generales sobre el consentimiento prestado por menores de edad a los casos de aborto, sin perjuicio de que sea oportuno exigir que se informe a los representantes legales de la menor.

También existe un pronunciamiento sobre el anteproyecto de Ley por parte del *Consejo Fiscal*. El Anteproyecto se somete a informe del Consejo Fiscal en el ámbito de las funciones que éste tiene atribuidas por el artículo 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Este informe (contrario a la Ley) no consiguió la aprobación por unanimidad, y viene acompañado de un texto alternativo (favorable a la misma) suscrito por cinco de sus vocales (frente a los seis que votaron el informe aprobado). En informe mayoritario acepta que sea la menor de edad quien deba consentir la intervención, pero considera conveniente que los padres sean informados de la situación de su hija, y su opinión sea tenida en cuenta para la toma de la decisión⁴². También el texto alternativo muestra las mismas cautelas. Así, señala que «la asimilación de la decisión de una menor sobre la interrupción voluntaria del embarazo al consentimiento para la práctica de actuaciones médicas no incide inevitablemente en el terreno de la constitucionalidad, pero ello no impide, como se deduce de la propia doctrina del Tribunal Constitucional, y como se adelantó al inicio de estas páginas, que no sea conveniente, y hasta exigible, en términos de *optimización* de las garantías constitucionales, adoptar especiales medidas de información y asistencia que permitan a la menor afrontar su responsabilidad con garantías suficientes»⁴³. De igual modo, critica la «imprecisión global de la norma» en esta materia.

Por último, debemos mencionar la Opinión del Comité de Bioética de España. El *Comité de Bioética de España* es un órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo, creado por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica en su art. 78, el cual tiene atribuida, entre otras, la función de emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico, en asuntos con implicaciones éticas relevantes

y sobre materias relacionadas con las dimensiones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud. Haciendo uso de sus facultades, el Comité ha elaborado una opinión (la primera) sobre el *Proyecto de Ley Orgánica sobre Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo* (2009). Por lo que respecta a la cuestión que aquí nos ocupa, este Comité entiende, por mayoría (existe un voto particular del vocal César Nombela Cano), que resulta razonable que una menor de edad de dieciséis años pueda tomar por sí misma la decisión de interrumpir su embarazo (conclusión novena).

VI. El régimen jurídico actual tras la reforma de la LAP operada por la LO 2/2010

Acogiendo la recomendación del mencionado Comité de personas expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuesta para una nueva regulación, así como las opiniones favorables de la doctrina mayoritaria y de las otras instituciones que han emitido su parecer al respecto, más arriba expuestas, la LO 2/2010 incluye una Disposición Final segunda en la que se da una nueva redacción al apartado 4 del artículo 9 de la LAP: «La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación». Es decir, desaparece la exigencia de mayoría de edad para consentir la interrupción voluntaria del embarazo, que pasaría a regirse por las reglas generales. Como se ha señalado más arriba, esta decisión del legislador no ha sido, sin embargo, bien acogida por un alto número de ciudadanos, siendo fuertemente criticada incluso por sectores sociales que sí veían con buenos ojos la sustitución del sistema de indicaciones por uno de plazos. Sin embargo, ello debe atribuirse más a la deficiente capacidad comunicativa de nuestra clase política, que no ha conseguido explicar el por qué de dicha reforma, más que a la incorrección de la misma.

Al mismo tiempo, el apartado cuarto del art. 13 LO 2/2010 dispone lo siguiente: «[I] En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. [II] Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. [III] Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo».

42 CONSEJO FISCAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo*, 23 de junio de 2009, p. 33.

43 *Ibid.*, p. 81 (esta referencia pertenece al texto alternativo).

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

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

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

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

Sin embargo, no existe razón alguna para interpretar el mencionado art. 13.1 LO 2/2010 en el sentido de que éste supone una excepción a la regla general contenida en la LAP en relación con los menores con edades comprendidas entre los doce y los dieciséis años. El art. 13.1 LO 2/2010 únicamente dice que la menores de 16 y 17 años deben prestar el consentimiento por sí mismas (presunción *iuris et de iure* equivalente a la recogida en el art. 9.3.c) LPA), pero en absoluto puede desprenderse del mismo que no puedan consentir por sí mismas igualmente las menores de dieciséis años de acuerdo con las reglas generales de capacidad. Lo que ocurre es que en estos casos habrá que valorar caso por caso su capacidad real de obrar⁴⁴.

Así se desprende claramente de la exposición de motivos de la LO 2/2010 cuando, en el último párrafo del apartado II, señala lo siguiente: «se ha modificado la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente con el fin de que la prestación del consentimiento para la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo se sujete al régimen general previsto en esta Ley y eliminar la excepcionalidad establecida en este caso»⁴⁵.

44 *Vid.* aparentemente en sentido contrario, CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 17 de septiembre de 2009, p. 53.

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

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

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

En definitiva, desde el principio se da por hecho que modificar el art. 9.4 LAP, lo que supondrá aplicar el régimen general previsto en el art. 9.3.c) LAP, tendrá como consecuencia que ello afectará a las menores con 16 y 17 años, lo cual es cierto, pero olvida que también se va aplicar a menores de esa edad, siempre que tengan suficiente capacidad de juicio. Es más, esto es puesto de relieve en un determinado momento por el Grupo Parlamentario Catalán, quien, cuando solicita, a través del trámite de enmiendas, la supresión de la Disposición Final segunda del proyecto de Ley, lo justifica de la siguiente manera: «La disposición final segunda del Proyecto elimina el régimen de excepción que para las interrupciones voluntarias del embarazo prevé en la actualidad, al igual que para la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica

Así lo recoge también el proyecto de informe del Consejo General del Poder Judicial⁴⁶, al igual que la enmienda al mismo⁴⁷. De esta forma, se dice expresamente que con la reforma del art. 9.4 LAP, «(...) no solo las menores, mayores de dieciséis años van a poder consentir de manera autónoma respecto de la práctica de la IVE, sino también aquellas menores de dicha edad, con tal que sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (...). Si la mujer en estado de gravidez es mayor de dieciséis años, el Anteproyecto la equipara a estos efectos a la que ha alcanzado ya la mayoría de edad. Si fuere menor de dicha edad, el criterio a tener en cuenta será el de la capacidad emocional e intelectual para comprender el alcance de la intervención».

En definitiva, serán de aplicación las reglas generales previstas en la LAP, la cual establece que la opinión del menor debe ser escuchada si tiene doce años cumplidos⁴⁸. Ello se interpreta como una presunción de falta de capacidad de los sujetos menores de doce años, en cuyo caso, la intervención de sus representantes legales sería obligatoria, debiendo éstos prestar el consentimiento en sustitución del menor.

Por su parte, cuando nos encontremos ante menores no emancipadas y que no hayan cumplido aún los dieciséis años, dada la dificultad práctica para determinar su capacidad para consentir, es aconsejable que el médico consulte a los representantes legales antes de realizar cualquier acto médico, como práctica más fiable, y exija también su consentimiento, especialmente si se trata de un acto médico de grave riesgo, pues no puede olvidarse la función primordial de los padres y representantes legales de velar por el menor, lo cual exige, a nuestro juicio, su participación en el proceso deliberativo y de toma de decisión. De esta forma, el médico podrá formarse correctamente su opinión acerca de la capacidad de la menor para entender realmente los riesgos de la intervención a la que va a ser

sometida, lo cual supondrá su consideración o no como interlocutor válido a los efectos de tomar la decisión oportuna para someterse o no a dicho acto médico.

Ahora bien, en ciertas circunstancias, el art. 9.3.c) LAP ampara la decisión de un médico de aceptar la decisión tomada por una menor de edad (mayor de doce años) si éste considera que se trata de una paciente plenamente capaz, atendiendo a las circunstancias del caso, para comprender los riesgos y naturaleza de la interrupción del embarazo, lo que presupone la comprensión de que no sólo se trata de una intervención en su cuerpo, sino también la destrucción de la vida del feto⁴⁹. A este respecto, hay que tener en cuenta que «[l]a mujer que consiente un aborto no consiente, por tanto, una mera intervención invasiva que afecta a su derecho a la integridad física (art. 15 de la Constitución) sino el sacrificio de un bien jurídico —la vida prenatal— a otro —su propio derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación—, que forman parte de una decisión previa (aunque íntimamente ligada al consentimiento del acto médico) por lo que los presupuestos y los términos de esa decisión son distintos. El grado de madurez que se exige para decidir la práctica del aborto equivale a la capacidad para realizar esa ponderación de bienes jurídicos, asimilando la información y asumiendo la responsabilidad que tal decisión implica»⁵⁰. No obstante, únicamente debería hacerse uso de esta facultad en casos muy especiales.

Por supuesto, en estos casos podría haber un desacuerdo entre las personas implicadas, esto es, el profesional sanitario que atiende al menor, el propio menor y sus representantes legales (siendo también posible una disparidad de opiniones entre los propios representantes legales). En tal caso, queda abierta la vía judicial para que se fije correctamente, a través de los medios oportunos, la ca-

reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Ello supone la aplicación para la práctica del aborto del criterio general previsto para las intervenciones clínicas. Esto es, basta el consentimiento de la menor cuando sea mayor de dieciséis años, o menor de esa edad si tiene lo que se denomina capacidad natural o madurez, esto es, si «es capaz intelectual o emocionalmente de comprender el alcance de la intervención» (...). *Vid.* Enmiendas núm. 4 y 114, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. IX Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. Núm. 41-7, 1 de diciembre de 2009, pp. 15 y 55; Enmienda núm. 58, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*. IX Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley. Núm. 39 (d), 17 de febrero de 2010, pp. 44 y s. Esta enmienda presentada en el Senado es aún más significativa pues se hace sobre un texto legal, el remitido por el Congreso de los Diputados, en el cual se ha incluido ya el apartado cuarto del art. 13.

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

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

48 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.

49 ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 337.

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

pacidad o no del paciente menor de edad (cfr. arts. 156 y 158 CC)⁵¹.

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

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

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

Dicha información ha de versar, en primer lugar, sobre los aspectos previsto en el art. 10 LAP para cualquier tipo de intervención médica en general, y en particular ha de contemplar también aquellos extremos a que hace mención el art. 17 LO 2/2010, así como el art. 7 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, esto es, «(...) sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo».

Sin embargo, el legislador no ha tenido en cuenta, tal y como puso de manifiesto el Comité de Bioética de España⁵², que las condiciones personales de las mujeres menores de edad pueden requerir medidas específicas de información y la adopción por parte del Estado de cautelas especiales y distintas que las adoptadas para las mujeres mayores de edad para evitar que la decisión de la menor se deba a presiones o a cualquier otra circunstancia que pudiera viciarla. Este aspecto no ha sido contemplado en la LO 2/2010, la cual sí hace una referencia expresa, en este punto, a la información ofrecida a las personas con discapacidad. En cualquier caso, no cabe duda de que hay que tener en cuenta la edad y condiciones personales del paciente a la hora de transmitir la información, tal y como exige el art. 4.2 LAP («La información clínica (...) se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades (...)»).

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

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

En efecto, como ya se dijo más arriba, hay que conciliar el respeto al derecho a la autodeterminación de las personas menores de edad, con el deber de los padres y tutores de velar por los intereses de aquéllos que se encuentran bajo su patria potestad o tutela. Como dice el Comité de Bioética de España, «[l]a adolescencia es una etapa de edad poco propicia para la comunicación familiar, y si bien es cierto que las jóvenes adquieren libertad para decidir, también los padres tienen el deber de informarse sobre aspectos relevantes de la vida de sus hijos menores de edad. Difícilmente los padres podrán ejercitar ese deber si no se les facilita la ocasión de recibir la información que necesitan, pues sólo así podrán ayudarles a calibrar el alcance de determinadas decisiones de la relevancia de una interrupción del embarazo»⁵³.

51 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «La minoría madura», p. 85; SIOTA ÁLVAREZ, M., «El consentimiento informado del menor maduro: algunas consideraciones jurídicas», en *La Bioética, horizonte de posibilidades*, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, Madrid, 2000, p. 138. Para ALÁEZ CORRAL, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, p. 155, habría sido conveniente «que el legislador hubiese articulado los procedimientos judiciales en los que se pudiese determinar si el menor posee capacidad suficiente para el ejercicio de ciertas facultades de sus derechos fundamentales». En principio, la actuación judicial se instará a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Vid. ALÁEZ CORRAL, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, pp. 331 y ss.

52 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Opinión sobre el Proyecto de Ley Orgánica sobre Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 2009, pp. 24 y 32 (conclusión novena).

53 *Ibid.*, p. 24.

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

En este mismo sentido, el proyecto de informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL dice lo siguiente: «Habiendo cuenta que los progenitores han de desempeñar «ex lege» las funciones inherentes a la patria potestad, que tal y como establece el artículo 154-1º, supone para los padres el deber o la facultad de velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, y procurarles una formación integral, lo cual es conforme con lo que el artículo 39.4 de la Constitución establece, se considera adecuado que con la finalidad de no postergar el ejercicio de dicha función, especialmente en lo que al aspecto educativo y de cuidado se refiere, se reconozca a aquellos el derecho a ser informados de la petición de su hija de someterse a una IVE [Interrupción Voluntaria del Embarazo]. Cuando la embarazada fuera menor de dieciséis años, se estima conveniente atribuirle también el derecho a ser oídos por el facultativo sobre tal propósito, y especialmente sobre aquellos aspectos que puedan ser útiles de cara a que aquel pueda formarse un juicio adecuado sobre el grado de madurez de la menor. De ese modo, se conciliaría de manera satisfactoria el derecho de la menor a autodeterminarse, con la facultad de los padres a ejercer de manera real la función tuitiva de la patria potestad, que engloba aspectos tales como la orientación y el consejo»⁵⁴.

Desde otra perspectiva, la intervención de los padres o representantes legales de la menor en el proceso deliberativo no va dirigida necesariamente de completar la capacidad de obrar de la menor, sino que «[e]n una aproximación mínimamente realista al drama humano del embarazo no deseado de una adolescente, es obvio que la posición de los padres puede tener en ese plano *social* una relevancia extrema, entre otras razones porque su eventual disposición positiva a asumir y compartir con la gestante las cargas del embarazo y la maternidad pueden ser ciertamente determi-

nantes para la decisión de ésta, y verse impedidas —con dramáticas consecuencias— por una percepción errónea de la joven embarazada acerca de la actitud de sus progenitores»⁵⁵.

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

Frente a esta postura, cabría mantener una opción igualmente extrema, a saber, reconocer plenamente el derecho de autodeterminación de las menores de edad, así como el derecho a la intimidad (médica), de tal modo que los profesionales sanitarios debieran cumplir estrictamente el deber de confidencialidad y respetar la voluntad de la menor de edad, siempre que ésta tuviera suficiente capacidad de juicio, sin que pueda requerirse la intervención de los representantes legales de la misma sin su autorización expresa.

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

Es por ello que no puede compartirse la opinión del Comité de Bioética de España, cuando afirma, sin matizaciones, que «[e]s difícilmente compatible, sin embargo, el reconocimiento de la autonomía de la menor para decidir la interrupción de su embarazo con un paralelo «derecho» de los padres a ser informados, ya que el reconocimiento de dicha autonomía a la menor implica también que, en esa esfera de autodeterminación, deba respetarse su derecho a la intimidad y a la protección de sus datos personales en

54 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Proyecto de Informe del sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 15 de julio de 2009, p. 55. En los mismo términos, CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 17 de septiembre de 2009, p. 52.

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

relación con la asistencia sanitaria que precise»⁵⁶. Como se ha dicho más arriba, no se trata únicamente de valorar y confrontar el derecho de autodeterminación de los menores de edad y un supuesto «derecho» de los padres a ser informados, sino el derecho de autodeterminación de los menores de edad y el «deber» (constitucional y legal) del Estado y de los representantes legales del menor de velar por sus intereses.

En concreto, en materia de aborto, un interesante estudio elaborado en los EE.UU.⁵⁷, concluye que en este país las leyes vigentes en la mayoría de los estados norteamericanos que requieren a las menores involucrar de uno u otro modo a sus progenitores en la decisión de interrumpir el embarazo 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 personas. Dicho de otro modo, si los adolescentes ven el aborto como una forma de control de la natalidad, incrementar los costes psíquicos que supone tener que informar a los padres o tutores del embarazo no deseado para proceder a su interrupción, puede inducir a aquéllos a acudir a otros medios de control de la natalidad, tales como preservativos, píldoras anticonceptivas, o la abstinencia.

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

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

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

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

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

Así, aun tratándose de mujeres menores que deban consentir la intervención por sí mismas, ello no elimina *per se* la obligación de los facultativos de informar a los padres o tutores de la menor sobre el embarazo y el estado de salud de la misma antes de proceder a la interrupción del embarazo, siempre que se entienda que dicha intervención pueda considerarse como de grave riesgo, según se desprende del 9.3.c) *in fine* LAP⁵⁸. En estos casos estaría justificado, a nuestro juicio, una interpretación amplia del término «grave riesgo», de tal manera que no tiene por qué valorarse únicamente desde un punto de vista físico (se consideran abortos de bajo riesgo si el periodo de gestación es inferior a doce semanas, y de alto riesgo si es superior), sino también desde una perspectiva psíquica y emocional, aspecto que sí puede verse afectado en casos de aborto, especialmente en una menor de edad. Hay que tener en cuenta que el apoyo del entorno, familiar y de la pareja sobre todo, pero también del social y de los profesionales con los que se contactan (antes, durante e inmediatamente posterior) influye bastante en la disminución de las secuelas psicológicas posteriores.

2. Aunque el art. 9.3.c) *in fine* LAP habla de informar a los «padres», la información deberá transmitirse al o a los representantes legales de la menor, pues no tiene por qué coincidir en todo caso la figura del representante legal con la del progenitor⁵⁹.

56 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Opinión sobre el Proyecto de Ley Orgánica sobre Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 2009, p. 24. El Comité afirma, incluso, que ello es una «incongruencia» (conclusión novena).

57 Vid. KLICK, J. y STRATMANN, T., «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.

58 Así lo acepta también el COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Opinión sobre el Proyecto de Ley Orgánica sobre Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 2009, p. 25. Sin embargo, como hemos dicho anteriormente, este Comité no considera aceptable extender esta excepción a casos en los que la salud de la menor no esté gravemente comprometida.

59 Vid. a este respecto, PARRA LUCÁN, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», p. 29. Según esta autora, aunque en este precepto se haga únicamente referencia a los padres, no existe ningún problema para hacerlo extensivo a los representantes legales del menor, aplicando la analogía. Por su parte, según RODRÍGUEZ

3. No obstante lo anterior, aún si se entiende que la intervención de interrupción del embarazo en cuestión no supone un grave riesgo para la paciente, el art. 13 LO 2/2010 exige, en materia de aborto, que se informe de la misma al representante legal de la menor. Aunque no lo diga expresamente la Ley, debe entenderse que dicha información debe producirse antes de la práctica del aborto. La Ley no deja claro cómo probar que la información ha sido transmitida. A este respecto, parece conveniente que sea el propio médico al que acude la menor (el médico de familia o el que va a practicar el aborto) quien deba asegurarse de que el representante legal ha sido informado y así hacerlo constar en la historia clínica o en el expediente de la interrupción del embarazo, de tal manera que exista constancia de que al menos uno de los padres, tutores o representantes legales ha sido informado al respecto⁶⁰. No parece suficiente que se deje la información en manos de la propia menor y se acepte un documento supuestamente firmado por el representante legal para entender cumplida esta exigencia, tal y como parece desprenderse del dictamen del Consejo de Estado, cuando se refiere a esta circunstancia en los siguientes términos: «(...) en esta información debe incluirse una advertencia para que la menor consulte con los titulares de la patria potestad o con sus representantes y escuche su consejo. Transcurrido el plazo al que se refiere el artículo 14 y antes de la intervención la menor habrá de completar el documento en el que conste su consentimiento con el testimonio de que al menos uno de sus padres o representantes afirme haber tenido información acerca de la intervención a la que se pretende someter y de la información que le fue facilitada (...)»⁶¹.

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

4. A fin de evitar que esta intervención de los padres o representantes legales de la menor pueda suponer una for-

ma de presión de la voluntad de la embarazada, alterando mediante alguna suerte de condicionamiento emocional el sentido de su decisión final, sería aconsejable establecer un mecanismo para que la propia menor y/o los padres o representante legal puedan, a solicitud propia (de manera que tampoco pueda sospecharse de una actuación *intervencionista* de los servicios sociales o asistenciales) recibir, además de la información anteriormente referida, una específica asistencia de especialistas que puedan facilitarles el análisis objetivo y racional de todos los factores en presencia⁶².

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

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

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

7. Cuando el profesional sanitario acceda a la petición de la menor y decida no informar al representante legal de ésta, así debería hacerlo constar en la historia clínica o en el expediente, motivando las causas, de forma similar a lo establecido para los casos de estado de necesidad terapéutico (art. 5.4 LAP). Así se ha previsto en el art. 8.2 RD 825/2010, de 25 de junio, según el cual, «en el caso de

GONZÁLEZ, J.I., «La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas», *Diario La Ley*, 2005-2, p. 1422, si se trata de un emancipado por razón de matrimonio y el cónyuge es mayor de edad, será éste quien deba ser consultado y no los padres pues la curatela es ejercitada por éste.

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

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

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

prescindir de esta información, cuando la mujer alegue las circunstancias previstas en el apartado Cuarto del citado artículo 13, el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social».

8. Tampoco se dice nada sobre los efectos jurídicos de la omisión de dicha información. El Consejo Fiscal proponía en su informe que el hecho fehaciente de tal conocimiento paterno fuera uno de los requisitos exigidos para que los médicos pudieran practicar el aborto, en los casos permitidos por la ley⁶³. Al menos, la omisión de dicha información al representante legal de la menor (por parte del profesional sanitario) debería haber integrado también, en caso de no estar justificada, el nuevo art. 145 bis CP.

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

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

a) Por un lado, puede tenerse como dato relevante a efectos de optar por informar o no al representante legal la condición de emancipado de la menor de edad. En efecto, el art. 320 CC dispone que «[e]l Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años, si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres: (...) 3. Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad». Una de las causas que puede dar lugar, precisamente, a la concesión de la emancipación son las malas relaciones personales entre padres e hijos. Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia provincial de Madrid 238/2007, de 15 de febrero, dice lo siguiente: «si el problema de rechazo de Eva hacia su madre ha ido in crescendo, si todos los intentos realiza-

dos para lograr el acercamiento madre-hija han fracasado, (...) todo encamina a conceder la emancipación de Eva». Siendo esto, así la mera constatación de la condición de emancipada de la mujer embarazada menor de edad, debería aceptarse como dato objetivo suficiente para acogerse a la excepción señalada y no informar al representante legal, más aún si tenemos en cuenta que los emancipados carecen de representante legal ya que la emancipación habilita al menor para regir su persona como si fuera mayor (art. 323 CC);

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

11. Finalmente, pensando en los casos en los que, acogiéndose a esta excepción, se omita la información al representante legal de la menor embarazada, debería haberse previsto legalmente algún mecanismo sustitutorio de consejo o asesoramiento a las menores⁶⁴.

VII. Efectos jurídicos de la reforma de la LAP sobre la normativa autonómica existente

Tras la aprobación de la LAP, varias fueron las leyes autonómicas aprobadas para regular, en su respectivo ámbito competencial, los derechos de los pacientes y usuarios de los servicios de salud. Así, para comprobar los derechos de estos sujetos en el ámbito de cada Comunidad Autó-

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

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

noma, el primer impulso puede ser acudir a su legislación específica.

Sin embargo, no podemos olvidar que la LAP tiene la consideración de Ley básica (Disposición Adicional primera), esto es, es de aplicación obligada por todas las Comunidades Autónomas, las cuales podrán completarla en aquellos aspectos sobre los que ésta no se pronuncia o requiere un desarrollo, pero no pueden contradecirla. De esta forma, no puede hacerse un análisis independiente de cada una de las legislaciones autonómicas sin tener en cuenta la Ley estatal y sin poner de relieve la relación existente entre las mismas y los efectos de una eventual contravención de ésta por parte de la regulación autonómica⁶⁵.

Por otro lado, la Disposición Final quinta de la LO 2/2010 establece que «[s]in perjuicio de las correspondientes competencias autonómicas, el marco de aplicación de la presente Ley lo será en todo el territorio del Estado».

Como afirman las SSTC 1/1982, de 28 de enero, 44/1982, de 8 de julio, 25/1983, de 7 de abril o 68/1992, de 30 de abril, «lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, lo cual asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un *común denominador normativo*, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan».

Así pues, las Comunidades Autónomas podrán desarrollar aquellos ámbitos que señala la norma básica y completar, de acuerdo con ella, los que no tengan una regulación específica, pero no podrán legislar en contra de la regulación estatal, que se impone en todo el territorio para garantizar la igualdad del servicio sanitario a todos los ciudadanos, cualquiera que sea su lugar de residencia.

En la referida Disposición Adicional primera de la LAP se señala que la condición de Ley básica tiene su legitimación en el art. 149.1, apartados 1º y 16º de la Constitución. Según este precepto, el Estado tiene competencia exclu-

siva sobre las siguientes materias: a) La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (apartado 1); y b) Bases y coordinación general de la sanidad (apartado 16).

No se alude, sin embargo, a la competencia contenida en el apartado 8 de este mismo art. 149.1 CE, relativa a la legislación civil, la cual podría ser alegada, en principio, en cuanto que ciertas disposiciones de la Ley hacen referencia a la capacidad de las personas y a las instituciones de guarda y protección previstas para quienes no gozan de plena capacidad, y que, por lo tanto, son de Derecho civil. Por ello, al entenderse que las competencias que legitiman esta Ley básica son las mencionadas y no la contenida en el apartado 8 del art. 149.1 CE, las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en esta materia no se presentan como normas relativas a la capacidad de las personas (en consecuencia, la LAP no es una ley de carácter civil)⁶⁶, sino como regulación de los derechos del paciente y, sobre todo, de los deberes de quienes prestan la asistencia sanitaria, tal y como claramente establece el art. 1 LAP. Ello supone también que, en principio, ni siquiera las Comunidades Autónomas con competencia sobre Derecho civil estarían legitimadas para dictar normas en esta materia que no sean de desarrollo de la legislación estatal, cuestión de gran relevancia (especialmente en el caso que nos ocupa) que resulta, a nuestro juicio, muy discutible y que requiere un análisis más exhaustivo del que es posible hacer en este momento⁶⁷.

Así pues, puede ocurrir que la normativa autonómica sobre derechos de los pacientes vigente a la entrada en vigor de la LAP tras la reforma de su art. 9.4 operada por medio de la LO 2/2010, sea contradictoria con ésta, al mantener la exigencia de mayoría de edad para consentir válidamente una interrupción voluntaria del embarazo.

A este respecto, hay que señalar que las normas autonómicas anteriores a la LAP pierden, en virtud de las variaciones introducidas por la ley básica estatal, su eficacia, de modo que se produciría un «desplazamiento» de la norma autonómica antigua por la norma estatal actual⁶⁸, de tal for-

65 Vid. más ampliamente sobre esta cuestión, ROMEO MALANDA, S., «Efectos jurídicos de la contravención por parte de las Comunidades autónomas de la legislación básica estatal en materia de derechos de los pacientes», en *El Estado Autónomo: integración, solidaridad, diversidad*, Vidal Beltrán, J.M. y García Herrera, M.A. (coords.), Volumen II, Colex-INAP, Madrid, 2005, pp. 375 y s.

66 DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 113.

67 En este sentido, PARRA LUCÁN, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», pp. 20 y ss., y 34 y ss., plantea la cuestión de la verdadera naturaleza de la legislación autonómica en cuestiones de consentimiento (¿desarrollo de una ley básica o competencia propia (en Comunidades Autónomas con competencia para legislar en Derecho civil)?).

68 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo. I*, 11ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 308; JIMÉNEZ ASENSIO, R., *La Ley Autónoma en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 312 y s.; BAYONA ROCAMORA, A., *El derecho a legislar en el estado autonómico*, Tecnos-Generalitat de Catalunya, Madrid, 1992, p. 208 (quien exige que el juez, en función del contenido de las normas y de la jurisprudencia constitucional que haya podido dictarse, no tenga «duda alguna acerca de la constitucionalidad de la ley básica»); SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN, F., *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, Fundación Salud 2000, Granada, 2003, p. 2.

ma que aquélla quedará inaplicada. En este sentido, señala la STC 32/1981, de 28 de julio, que «esta legislación de las Comunidades (...) puede quedar parcialmente invalidada por las normas básicas que, dentro de su competencia, establezca (...) el legislador estatal». En el mismo sentido se pronuncia más recientemente, la STC 173/1998, de 23 de julio: «El art. 149.1.1 C.E. habilita, pues, al Estado para regular el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles (...). La legislación que con base en este precepto constitucional pueda dictar el Estado deberá sin duda ser respetada por el legislador autonómico (...). Constituirá también un *prius* del que deberá partir la regulación de las mismas. Sin embargo, en tanto que esa legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el art. 149.1.1 C.E., más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione —mediante, precisamente, el establecimiento de unas «condiciones básicas» uniformes— el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. En suma, si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entrarán en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas, ya que, como queda dicho, constituyen un núcleo de regulación uniforme del que ineludiblemente debe partir la regulación [autonómica] (...)».

VIII. Conclusión

Tras ocho años de vigencia, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, ha modificado el art. 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de tal manera que la capacidad para consentir una interrupción voluntaria del embarazo pasará a regirse por las reglas generales, no requiriéndose, como se venía exigiendo hasta ahora, la mayoría de edad de la mujer embarazada.

Aunque esta decisión del legislador español ha resultado muy controvertida, lo cierto es que el mencionado pre-

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

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

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

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