

LEGISLACIÓN SOBRE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA: OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y POSICIÓN LEGAL DE LOS PADRES.

María Esther Martínez Aguirre

Letrada Mayor de la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

Consejería de Administraciones Públicas y Política Local.

Comunidad Autónoma de La Rioja.

I.- INTRODUCCIÓN. II.- OBJECIÓN DE CONCIENCIA: 1.- Concepto y naturaleza jurídica. 2.- Regulación. 3.- Análisis del artículo 19.2.II de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: A) Ámbito subjetivo de aplicación. B) Ámbito objetivo de aplicación. 4.- Cuestiones relacionadas: A) Deber de información. B) Derecho a objetar en conciencia de los profesionales sanitarios que participan en el comité clínico. 5.- El derecho a la objeción de conciencia parcial. 6.- Objeción de conciencia y educación sexual. 7.- Otras cuestiones: A) Traslado de personal objetor. B) Registro de objetores. C) Recursos contra la denegación de la objeción de conciencia. **III.- POSICIÓN LEGAL DE LOS PADRES:** 1.- El consentimiento informado del menor maduro. 2.- Exégesis del artículo 13. Cuarto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. 3.- Derecho del menor a la protección de datos de carácter personal relativos a la salud. Bibliografía.

I.- INTRODUCCIÓN.

El pasado mes de julio de 2010, entró en vigor la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo ⁽¹⁾.

Su tramitación parlamentaria, su entrada en vigor y su ulterior desarrollo, han sido fases no exentas de la polémica propia de una norma del cariz de la que nos ocupa.

En este sentido cabe recordar que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y re-

⁽¹⁾ El recurso de inconstitucionalidad presentado por sesenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados solicitó la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados; sin embargo, el Pleno del Tribunal Constitucional por Auto de fecha 14 de julio de 2010, deniega la suspensión solicitada por entender que los

supuestos de suspensión están tasados y no pueden extenderse a casos distintos de los previstos en la norma, “*sin que sea preciso analizar los razonamientos relativos a la existencia de periculum in mora y de fumus bonis iuris que se continen en la demanda*”. El Auto cuenta con cuatro votos particulares.

productiva y de la interrupción voluntaria del embarazo ha sido objeto de sendos Recursos de Inconstitucionalidad interpuestos por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados y del Gobierno de Navarra, ambos recursos, admitidos a trámite por Providencia de 30 de junio de 2010 han recurrido, entre otros preceptos dos de los artículos que vamos a estudiar en esta mesa de trabajo, en concreto, el artículo 9.2, relativo a la objeción de conciencia y el artículo 13.Cuarto, referido al consentimiento de las mujeres de entre 16 y 17 años.

La principal novedad consiste en establecer lo que se ha dado en llamar “*sistema de plazos*”, que, según la Exposición de Motivos de dicha ley implica “*dejar un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sin interferencia de tercero*”.

Además la pretende establecer garantías para asegurar el acceso efectivo a la prestación sanitaria que estudiamos y la progresiva implantación de pautas educativas que contribuyan mejorar la salud sexual y reproductiva de las personas incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica.

El tratamiento que la norma estudiada hace sobre la educación sexual, sobre la interrupción voluntaria del embarazo...ha reabierto numerosos debates en las más variados áreas de conocimiento, desde el médico – cuando surge la vida humana, con la concepción o con la anidación del cigoto en el útero materno-, hasta el ético –respeto a la vida humana del concebido y no nacido- pasando por el educativo –derecho de los padres a decidir la educación religiosa y moral de sus hijos- y, como no podía ser de otra forma, el jurídico, en el que se pueden analizar multitud de aspectos de la Ley Orgánica, desde la pretendida invasión competencial que ha motivado en parte el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Comunidad Foral Navarra, hasta cuestiones relativas a la objeción de conciencia, ejercicio de la patria potestad, financiación de las prestaciones de los servicios de salud...

En los puntos que siguen nos vamos a ocupar del tratamiento que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la

interrupción voluntaria del embarazo da a la objeción de conciencia y del ejercicio de la patria potestad, en este punto se analizarán cuestiones relacionadas con el consentimiento informado del menor maduro, las medidas educativas que señala la ley y el deber de secreto que preside la actuación médica.

II.- OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

1.- *Concepto y naturaleza jurídica.*

La objeción de conciencia puede definirse como una forma de resistencia al derecho que viene justificada por la imposibilidad de observar y cumplir la norma impuesta por condicionantes morales de un individuo; esto es, la objeción de conciencia protege el derecho a no verse obligado a realizar actividades contrarias a convicciones personalísimas.

Con estos cimientos, en los casos en los que la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo queda impune, el personal sanitario puede negarse por motivos de conciencia a practicarlo, al entender que, en otro caso, se quiebran códigos deontológicos, normas morales o, en otro caso, religiosas.

La naturaleza jurídica de la objeción de conciencia no es cuestión pacífica.

Si bien es cierto que la mayor parte de sectores doctrinales y jurisprudenciales entiende que tiene el carácter de derecho fundamental, pues, siquiera de modo oblicuo, está incluida en el artículo 16.1 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 que garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto -Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril- cumple señalar que, el mismo Tribunal, pero en Sentencia 161/1987, niega tal carácter, aunque reconoce que sí se puede objetar a cumplir un deber concreto.

2.- *Regulación.*

En España, la objeción de conciencia no tiene una regulación concreta, sí se reconoce, por ejemplo en el artículo 26 del Código de Ética y Deontología de la Organización Médica Colegial de España “*El médico tiene el derecho a negarse por razones de conciencia a aconsejar alguno de los métodos de regulación y de asistencia a la repro-*

ducción, a practicar la esterilización o a interrumpir embarazo. Informará sin demora de su abstención y ofrecerá, en su caso, el tratamiento oportuno al problema por el que se le consultó”

En términos similares se pronuncia el artículo del Código Deontológico de la Organización Colegial de Enfermería.

3.- Análisis del artículo 19.2.II de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, regula este derecho en el artículo 19.2.II, con el siguiente enunciado:

Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

El tenor literal de este precepto plantea diversas cuestiones que se considera oportuno analizar y someter a debate si bien, el análisis de este precepto se va a realizar en relación a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en centros públicos.

A) Ámbito subjetivo de aplicación del precepto.

El artículo comentado permite ejercer la objeción de conciencia solo y exclusivamente a *“los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo”*.

Así las cosas, debe aclararse, en primer lugar, que entendemos por *“profesional sanitario”*.

Históricamente –y así lo reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud–, se ha entendido que, en los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social, prestan servicio los profesionales sanitarios y demás colectivos de personal identificados, todos ellos con la expresión «personal estatutario» que deriva directamente de la denominación de los tres estatutos de personal – el estatuto de personal médico, el estatuto de personal sanitario no facultativo y el estatuto de personal no sanitario– de tales centros e instituciones.

Según el artículo 5 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, el personal estatutario de los servicios de salud se clasifica atendiendo a la función desarrollada, al nivel del título exigido para el ingreso y al tipo de su nombramiento, en los preceptos ulteriores distingue, en lo que aquí interesa, personal estatutario sanitario y personal estatutario de gestión y servicios.

Pues bien, según parece del tenor literal de la norma, cuando ésta permite objetar a profesionales sanitarios, se refiere solo a personal estatutario sanitario, dejando fuera el personal estatutario de gestión y de servicios.

La jurisprudencia española, no se ha pronunciado de modo directo sobre esta cuestión, bien es cierto que, el voto particular suscrito por los Magistrados Don Ángel Latorre Segura y Don Manuel Díez de Velasco Vallejo a la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, consideraron que *“la cláusula de conciencia es un derecho constitucional solamente del médico y demás personal sanitario que pretenda que actúe de una manera directa en la realización del acto abortivo”*.

Otra sentencia relacionada con el tema que nos ocupa, es la del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005, que resolvió un recurso planteado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de julio de 2002 ⁽²⁾.

⁽²⁾ En estos recursos se conoció del recurso interpuesto por un farmacéutico contra la Orden de 1 de junio de 2001 de la Junta de Andalucía, por la que se actualiza el contenido del Anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos de distribución que obligaba a tener un número determinado de ciertos anticonceptivos en las oficinas de farmacia.

En aquella sentencia, el Alto Tribunal reconoció el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos en tanto que profesionales sanitarios con competencia en materia de prescripción y dispensación de medicamentos.

Siguiendo esta estela, el Diario Oficial de la Comunidad Valencia, en su edición del pasado 27 de noviembre de 2009, publicó la modificación de los Estatutos del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, entre cuyas novedades se reconoce el derecho de los colegiales a la objeción de conciencia, para cuya efectividad exige su constancia registral.

Por su parte, el artículo 44.10 de los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de La Rioja ⁽³⁾ también reconocen el derecho a la objeción de conciencia en los siguientes términos, “*la responsabilidad y libertad profesional del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho a la objeción de conciencia. En todo caso, procurará que ningún paciente quede privado de asistencia farmacéutica a causa de las convicciones personales del farmacéutico*”.

Esta limitación subjetiva del derecho a ejercer la objeción de conciencia al personal sanitario también tiene su reflejo en la regulación actual.

Sirva de ejemplo la Orden de 21 de junio de 2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de Castilla La Mancha, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo cuyo artículo 3.1 párrafo segundo, reconoce este derecho exclusivamente a facultativos especialistas en ginecología, obstetricia, personal anestésista y de reanimación, personal de enfermería y matronas. A este precepto nos referiremos también más adelante ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Resolución de 3 de diciembre de 2007, del Consejero de Administraciones Públicas y Política Local por la que se declara la adecuación a la legalidad de la modificación de los estatutos del Colegio Oficial de Farmacéuticos de La Rioja, Boletín oficial de La Rioja, número 3 de 5 de enero de 2008.

⁽⁴⁾ Esta ponencia se expuso el día 21 de octubre de 2010 en el marco del XIX Congreso de Derecho y Salud, posteriormente, el día 22 de octubre de 2010, se publicó en el Diario Oficial de Castilla La Mancha, la Orden de 14 de octubre de 2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se modifica la Orden de 21/06/2010.

Esta norma, modifica varias cuestiones de la Orden de 21 de junio de 2010, entre ellas, el título de la disposición general queda redactado de la siguiente forma Orden de 21/06/2010,

En contra de esta delimitación se sitúan colectivos pro-vida pues consideran que el derecho a la objeción de conciencia corresponde a cualquier persona que intervenga en cualquiera de las fases necesarias para culminar en un aborto.

En este sentido, la guía de objeción de conciencia sanitaria al aborto editada por la Asociación para la Defensa del Derecho a la Objeción de Conciencia, el Centro Jurídico Tomás Moro, Derecho a vivir, Hazte oír o Médicos por la vida, señala

“*Así, el personal administrativo que tiene que planificar la agenda del médico, o que tiene que autorizar el pago de las facturas de la práctica abortiva, el personal de trabajo social o psicología, que tiene que informar sobre la práctica del aborto, el ecógrafo que tiene la misión de realizar las pruebas conducentes a establecer la discapacidad del feto, el analista, anestésista, enfermero, ginecólogo, o cualquier otro especialista, que directa o indirectamente coopere en cualquiera de los actos administrativos, médicos o auxiliares necesarios para concluir un aborto. Del mismo modo, tiene que reconocerse la objeción del director del centro clínico u hospitalario que por razón de su cargo tiene que diseñar los cuadrantes, permisos, agendas o disponibilidad de personal necesario para garantizar la práctica de interrupciones voluntarias del embarazo, ya sea en centros públicos o privados*”

B) Ámbito objetivo de aplicación del precepto.

Es opinión casi unánime que, la objeción de conciencia solo puede darse por válida en cuanto a actuaciones médicas intrínsecas a la interrupción voluntaria del embarazo.

Sirva de ejemplo la cita a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 58/1998, de

de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento para el registro de las solicitudes de objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo.

También se modifica el artículo 3.1 que pasa a tener la siguiente redacción “*1. Los profesionales sanitarios del Sescam directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo que quieran ejercer el derecho a la objeción de conciencia deberán presentar una declaración de objeción, para lo que utilizarán el modelo que figura como Anexo a la presente Orden.*”

13 de febrero (AS 1998,393), señala determinados actos que no estarán obligadas a realizar los objetores de conciencia,

La satisfacción del derecho fundamental comporta que no cabe exigir del profesional sanitario que por razones de conciencia objeta al aborto que en el proceso de interrupción del embarazo tenga la intervención que corresponde a la esfera de sus competencias propias; intervención que por hipótesis se endereza causalmente a conseguir, sea con actos de eficacia directa, sea de colaboración finalista, según el cometido asignado a cada cual, el resultado que la conciencia del objetor rechaza, cual es la expulsión del feto sin vida”

En este sentido, precisa la sentencia,

“Las funciones que la Dirección del Hospital pretende encargar a los hoy recurrentes - instauración de vía venosa y analgesia, control de dosis de oxitocina, control de dilatación del cuello del útero, y control de las constantes vitales durante todo el proceso- entrañan todos actos de asistencia que contribuyen de manera positiva y eficiente a que la gestación se interrumpa sin daño para la salud de la embarazada, y aun cabría catalogarlos de imprescindibles para que la operación culmine, pues de no ser así es de presumir que el conflicto ni siquiera se habría planteado. En consecuencia, son también actos sanitarios de cuya ejecución se encuentran jurídicamente exentos quienes ejercen frente al aborto voluntario el derecho fundamental a la objeción de conciencia cual es el caso de los demandantes”.

Según lo expuesto, la objeción de conciencia abarca a actos intrínsecos a la expulsión del feto del seno materno, quedando excluida la atención sanitaria anterior o posterior.

Tomando como base esta doctrina, el artículo 19.2.II *in fine* establece que *“En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.”*

Igualmente, no está amparada por la objeción de conciencia la atención médica urgente que, en su caso, puede necesitar la paciente pues, en este caso, debe primar la atención de la paciente, así lo reconoció la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 29 de junio de 1988, que entendió

que *“los facultativos de guardia objetores de conciencia no pueden ser obligados a la realización de actos médicos, cualquiera que sea su naturaleza, que directa o indirectamente estén encaminados a la producción del aborto, tanto cuando éste vaya a realizarse como cuando se esté realizando la interrupción voluntaria del embarazo, debiendo por el contrario, prestar la asistencia para la que hayan sido requeridos a las pacientes internadas con aquel objeto, en todas las otras incidencias o estados patológicos que se produzcan aunque tengan su origen en las prácticas abortivas realizadas”.*

4.- Cuestiones relacionadas.

Visto la anterior, cabe preguntarse si se puede practicar objeción de conciencia respecto de otras dos cuestiones que regula la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

En concreto, queremos referirnos, por un lado, al deber de información previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010 y, por otro lado, a la participación en el comité clínico que la norma prevé en el artículo 16 en relación con el 15.c)

A) Deber de información.

Nos ocupamos del primer supuesto, el artículo 14 relativo a la *“Interrupción del embarazo a petición de la mujer.”*, señala que *“Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley”.*

Los apartados 2 y 4 del artículo 17, señalan,

“2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información:

a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega, a los efectos de lo establecido en el artículo 14 de esta Ley.

La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.

4. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo”.

Pues bien, en su análisis de este precepto, el Consejo de Estado, en el dictamen aprobado el día 17 de septiembre de 2009, en relación con el anteproyecto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

“Respecto de la información que ilustra a la mujer para que opte libremente por continuar o interrumpir su embarazo, para ser eficaz, la información no puede ser estandarizada sino personalizada; no debe darse sólo por escrito, sino también verbalmente y, para servir de garantía al bien jurídico del feto, aun sin introducir consideraciones éticas ni religiosas, ha de orientarse a la protección de la maternidad y no al fomento de la interrupción voluntaria del embarazo, ofreciendo ayuda a la madre gestante.

El artículo 17.4 del texto consultado es especialmente desafortunado. Una información puede y

debe ser ajena a todo planteamiento religioso o ideológico por exigencias lógicas del artículo 16 de la Constitución, pero, si lo fuera desde el administrativo, traicionaría los valores de un Estado que, por ser social (Constitución, artículo 1.1), ha de ser prestacional al servicio de la vida como requiere el propio artículo 17.2.a) y b) del mismo anteproyecto. (...) Por ello, no es menos evidente que la información ha de proporcionarse, en la forma y en el fondo, de tal manera que salvaguarde la libertad de la mujer y no implique coacción alguna. No se trata de un consejo sino de una información.”

Pues bien, el carácter que el Consejo de Estado da al contenido de la información que debe darse a la gestante, parece excluir la posibilidad de que el profesional que deba dar esa información, pueda objetar en conciencia, aun cuando inicialmente, pudiera pensarse que, el dar esta información, al ser requisito previo para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo pudiera considerarse una forma de “intervención directa en la interrupción voluntaria del embarazo”.

Ello es así porque, a la luz de aquel dictamen, la información “ha de orientarse a la protección de la maternidad y no al fomento de la interrupción voluntaria del embarazo, ofreciendo ayuda a la madre gestante”.

Sin embargo, tampoco es pacífico que el mero informador, siendo profesional sanitario, no pueda objetar.

En los últimos meses se ha planteado un conflicto en la Junta de Andalucía donde se cuestiona la posibilidad de los médicos de atención primaria de objetar en conciencia de la práctica de esta prestación médica.

Así, mientras la Junta de Andalucía considera que estos profesionales no pueden acogerse al ámbito de aplicación subjetiva del artículo 19.2.II de la Ley Orgánica 2/2010, porque no intervienen en el acto quirúrgico del interrupción voluntaria del embarazo y su intervención se limita a la meramente informativa, diversos colectivos –médicos de atención primaria, sindicatos y el Colegio de Médicos de Andalucía- han considerado que este derecho puede ejercerlo todo profesional que ejerza la medicina.

Mención especial a este respecto, merece el Auto 392/2010, de 29 de septiembre, dictado por el

Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha; esta resolución judicial ha suspendido cautelarmente el artículo 3.1 párrafo segundo de la Orden de 21 de junio de 2010, de Castilla La Mancha que hemos citado anteriormente ⁽⁵⁾ por considerar que debe admitirse un reconocimiento cautelar del derecho a ejercer la objeción de conciencia por parte de los médicos de atención primaria ⁽⁶⁾.

Este auto, además de plantear la duda de que una Orden pueda delimitar el contenido de un derecho fundamental, cuestiona el carácter del deber de información que estudiamos cuando afirma, “*en efecto, a este respecto cabe señalar, en primer término que no es tan evidente como la Administración pretende que la obligación de realizar un trámite de información que, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, constituye un presupuesto legal para la posibilidad de practicar el aborto, no sea una intervención directa en el mismo, dado el carácter de conditio sine quanon de dicho trámite*”.

Tras el estudio de jurisprudencia que menciona, concluye el Auto que “*por tanto, según abundante jurisprudencia dictada en relación al aborto, no es argumento alguno en contra de la existencia del derecho el que la norma legal no haya contemplado expresamente el mismo en un caso determinado (cosa diferente es que lo hubiera negado expresamente, en cuyo supuesto podría incurrir la ley, o no en un conflicto constitucional)*”.

B) Derecho a objetar en conciencia de los profesionales sanitarios que participan en el comité clínico.

Éste está previsto con ocasión de una de las indicaciones del artículo 15, en concreto la letra c), que prevé,

⁽⁵⁾ Ver comentario de la nota 4.

⁽⁶⁾ La parte dispositiva, acuerda c) “la adopción cautelar de la medida por la cual se permite a los médicos que no sean especialistas en obstetricia y ginecología ni en anestesiología y reanimación, y en particular a los médicos de atención primaria, plantear, en la forma y por los medios que en su caso la Administración establezca, la objeción de conciencia respecto de los deberes de información a que se refiere la circular del SESCAM de 2 de julio de 2010”.

El Auto también decreta la suspensión cautelar de los efectos de la “nota interior” de la Gerencia del SESCAM de 2 de julio de 2010, en la que establece que “En este cometido (el de informar) no existe posibilidad de objeción de conciencia por parte del profesional sanitario”

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

La regulación del comité clínico está previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Artículo 16. Comité clínico.

1. El comité clínico al que se refiere el artículo anterior estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra. La mujer podrá elegir uno de estos especialistas.

2. Confirmado el diagnóstico por el comité, la mujer decidirá sobre la intervención.

3. En cada Comunidad Autónoma habrá, al menos, un comité clínico en un centro de la red sanitaria pública. Los miembros, titulares y suplentes, designados por las autoridades sanitarias competentes, lo serán por un plazo no inferior a un año. La designación deberá hacerse pública en los diarios oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas.

4. Las especificidades del funcionamiento del Comité clínico se determinarán reglamentariamente.

En cumplimiento de este precepto legal, el legislador ha redactado 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, en cuyo artículo 2 reconoce que el comité clínico es un órgano de naturaleza técnico-facultativa cuya intervención “*confirmará o no el diagnóstico previo, de enfermedad extremadamente grave e incurable del médico o médicos que hayan atendido a la mujer en el embarazo.*”

En similar sentido se pronuncia la Orden SAN/8/2010, de 5 de junio, por la que se regula el

comité clínico para la interrupción voluntaria del embarazo en Cantabria al señalar que este órgano es el encargado de intervenir en los supuesto de interrupción voluntaria del embarazo por causas médicas contemplado en el artículo 15.c), confirmando o no el diagnóstico previo de la enfermedad grave e incurable del médico o médicos que hayan atendido a la mujer y emitiendo el correspondiente dictamen clínico.

Pues bien podría plantearse el problema de si el personal sanitario puede objetar en conciencia y no formar parte de ese comité clínico.

Del dictamen del Consejo de Estado de fecha 17 de septiembre de 2009, parece excluirse esta posibilidad, pues el informe del comité clínico se limitaría a un análisis médico en el que analizar única y exclusivamente la enfermedad incurable del feto, así, en la reformulación que propone al artículo 15.c), justifica,

“Su intervención (la del comité clínico) sería así la de un dictamen semivinculante sobre un aspecto clínico, sin el cual la madre no podría optar por un aborto, pero a la que correspondería en exclusiva la decisión sobre el mismo. En efecto, desde un punto de vista lógico quedaría así clara la distinción entre una opinión ética, política o incluso médica sobre la interrupción voluntaria del embarazo, y un criterio exclusivamente clínico sobre el padecimiento por el feto de “una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico”. El Comité clínico sería así llamado a dictaminar sólo sobre el segundo extremo y no sobre el primero y haría innecesario el artículo 16.4 del anteproyecto. Esta solución tiene la ventaja, no sólo de eliminar el problema que pretende resolver el desafortunado artículo 16.4, sino potenciar la autodeterminación de la mujer.

Por el contrario otras voces se alzan en sentido discrepante, por entender que, con la participación es estos comités clínicos, nos hallamos ante lo que denominan “cooperante necesario” en los abortos que, con base en esta indicación se realicen.

A modo de ejemplo, la Asociación para la Defensa del Derecho a la Objeción de Conciencia, el Centro Jurídico Tomás Moro, Derecho a vivir, Hazte oír o Médicos por la vida ha elaborado una guía con un anexo para personal sanitario en la que se incluye la objeción de conciencia al diagnóstico prenatal.

5.- El derecho a la objeción de conciencia con carácter parcial.

Otra cuestión igualmente polémica es aquella que se genera en relación a la posibilidad de practicar la objeción de conciencia parcial, esto es, para determinadas indicaciones.

A modo de ejemplo, podemos citar la Instrucción nº 14/10, de 2 de julio de 2010, del Director, relativa a la implantación de la prestación de interrupción voluntaria de embarazo en el Servicio Canario de la Salud, en los supuestos establecidos en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria de embarazo, este modelo permite marcar con una “X” los supuestos para los que se objeta y distingue cuatro:

- 1.- A petición de la embarazada.
- 2.- Por causas médicas, siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada.
- 3.- Por causas médicas, siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto.
- 4.- Por causas médicas, cuando se detectan anomalías fetales incompatibles con la vida o cuando se detecte en el feto una enfermedad

Sin embargo, a la objeción de conciencia parcial se oponen voces que consideran que la interrupción voluntaria del embarazo implica siempre la muerte del “nasciturus”, y por tanto constituyen un atentado al derecho a la vida de éste.

Así entienden que, *“deontológicamente, la objeción no puede ser un capricho o una postura táctica y cambiante, oportunista: ha de tener una base sólida de razones éticas y criterios profesionales. No es difícil al objetor rechazar, como parte de su trabajo profesional, el aborto con un doble argumento: uno ético (la lesión del respeto máximo debido a la vida humana); el otro científico (el aborto no es una solución a ciertos problemas médicos).*

El argumento ético puede oponerse a todas las “indicaciones” legales del aborto (riesgo vital, malformación fetal, gestación consecutiva a violación de la mujer, hipotética necesidad socioeconómica), pero sólo las dos primeras se pueden plantear como problemas que requieren conocimientos genuinamente médicos. El argumento

científico-profesional ha de aplicarse, por un lado, al llamado aborto terapéutico; (...) y, por otro, al aborto eugénico, que busca eliminar al feto afectado por infecciones o malformaciones graves.

El buen médico se debe por igual a sus dos pacientes: a la mujer embarazada y al hijo por nacer. Hoy, dados los formidables avances en la asistencia clínica de las enfermedades que pueden poner en grave riesgo vital a la mujer gestante, ya ningún médico verdaderamente competente se ve obligado, por criterios científicos, a aceptar que el aborto sea el tratamiento de elección de ninguna enfermedad de la madre, es decir, que sea una intervención tan superior y ventajosa en comparación de las otras alternativas terapéuticas que no practicarlo significaría infligir un daño deliberado a la gestante, y quebrantar así gravemente el precepto médico de no dañar. Sin necesidad de invocar la objeción moral, el médico, basado en el arte médico del momento, puede rechazar el llamado aborto terapéutico sobre bases estrictamente científicas, ya que puede ofrecer alternativas válidas de tratamiento que respetan también la vida del no nacido.

Por otra parte, el aborto queda excluido como tratamiento del feto enfermo, porque es extraña a la Medicina la idea eugenista de que los seres humanos han de estar libres de imperfecciones. El médico no puede ser agente de la "tiranía de la normalidad": para él, todas las vidas son igualmente dignas de respeto ("7").

No obstante, cabe considerar que, si bien es cierto que todos los supuestos despenalizados conducen al mismo resultado, interrumpir la existencia humana o un proyecto de ella, no lo es menos que los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo contemplados en los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, no son asimilables, de modo y manera que pueden existir íntimas razones morales, deontológicas o religiosas que llevan al profesional sanitario a actuar de modo selectivo que no debe ser coartado por las autoridades sanitarias.

En esta línea, el Colegio de Médicos de Madrid tiene abierto un registro de objetores donde,

entre otros datos, se deben señalar, nombre y apellidos, número de colegiado, y práctica/as de las que objeta.

En la Comunidad Autónoma de La Rioja, la declaración a la objeción de conciencia del personal sanitario, también admite la indicación de las prácticas a las que se objeta.

6.- Objeción de conciencia y educación sexual.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo prevé también, como uno de los objetivos de actuación de los poderes públicos, el de la educación sanitaria integrada con perspectiva de género sobre la salud sexual y la salud reproductiva y la información sanitaria sobre anticoncepción, artículo 5.1.e) y f).

Esta realidad se enfoca en los artículos 9 y 10 de la Ley Orgánica 2/2010, relativas ambas a medidas en el ámbito educativo.

En lo que afecta al artículo 9, bajo el epígrafe, *Incorporación de la formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo*, considera que,

El sistema educativo contemplará la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores, incluyendo un enfoque integral que contribuya a:

a) La promoción de una visión de la sexualidad en términos de igualdad y corresponsabilidad entre hombres y mujeres con especial atención a la prevención de la violencia de género, agresiones y abusos sexuales.

b) El reconocimiento y aceptación de la diversidad sexual.

c) El desarrollo armónico de la sexualidad acorde con las características de las personas jóvenes.

d) La prevención de enfermedades e infecciones de transmisión sexual y especialmente la prevención del VIH.

e) La prevención de embarazos no deseados, en el marco de una sexualidad responsable.

f) En la incorporación de la formación en salud y salud sexual y reproductiva al sistema educa-

(7) Comentario publicado por Don Gonzalo Herranz en Aceptensa el 4 de octubre de 1995.

tivo, se tendrán en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad proporcionando, en todo caso, a este alumnado información y materiales accesibles, adecuados a su edad.

Se completa esta previsión con la dicción del artículo 10 según el cual *“Los poderes públicos apoyarán a la comunidad educativa en la realización de actividades formativas relacionadas con la educación afectivo sexual, la prevención de infecciones de transmisión sexual y embarazos no deseados, facilitando información adecuada a los padres y las madres”*.

La jurisprudencia, en Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1993 y 8 de noviembre de 1996, ya se ha pronunciado en relación con la hipotética colisión entre los derechos de los padres a dar a sus hijos una formación moral de acuerdo con sus convicciones morales y religiosas (artículo 27 de la Constitución Española) y el deber de los poderes públicos de educar en la salud, incluida la sexual y reproductiva.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, entiende que *“Así pues, sobre los poderes públicos, y muy especialmente, sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades públicas por sus padres o tutores o por quienes tengan atribuida la protección y defensa, se haga en interés del menor y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser deben postergarse ante el interés superior del niño”*.

En definitiva, el intérprete constitucional decide que el derecho que a los padres confiere el artículo 27.3 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, tiene como límite la intangibilidad de la integridad moral de los hijos y la libertad de creencias de éstos últimos que no tienen porque coincidir con la de los representantes legales siendo que, el interés superior de los menores es el que debe protegerse con carácter prioritario.

En estos casos, ¿se podría plantear, de nuevo, el conflicto similar al suscitado en relación con la asignatura de Educación para la Ciudadanía?, podría ser, por ello, para evitar el resurgimiento del problema, el Consejo de Estado en su dictamen de 17 de septiembre de 2009, establece unas pautas

que recomienda seguir para evitar cualquier problema de inconstitucionalidad de la norma, así indica,

“Primero.- El indiscutible derecho de los padres debe cohererarse con el derecho de los hijos a recibir una instrucción adecuada. Algo que debe ponerse en relación con el principio indubitado en nuestra propia doctrina y jurisprudencia, desde el Código Civil en adelante hasta la Ley del Menor, según la cual “la patria potestad debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos”, algo hoy reconocido por los instrumentos internacionales en la materia (Convenio de Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1980 y Carta Europea de derechos del niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo 30172/92, de 8 de julio de 1992). A la altura del tiempo actual, no cabe duda que la educación sexual es un elemento imprescindible de una instrucción adecuada por exigencia de la propia protección del niño y adolescente de la que no puede privarle un derecho de veto absoluto por parte de sus padres, como estos no podrían privarle del derecho genérico a la educación.

Segundo.- Esa instrucción debe ser “objetiva y científica” y “excluir toda tendencia al adoctrinamiento”, de modo que no debe “exaltar el sexo ni incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro o reprobable para los padres”. El Tribunal avaló esta doctrina en el caso Handyside contra Reino Unido de 7 de diciembre de 1976 (Sentencia TEDH 1976/6, de 7 de diciembre de 1976), por considerar que el texto de educación sexual retirado de la circulación por la autoridad británica era excesivamente contundente y explícito y, en consecuencia, lesivo para niños, por razón de su edad, indefensos.

Tercero.- La educación sexual debe hacerse de manera “delicada” con especial atención a la edad y el sexo de los educandos.

Cuarto.- Ello no empece el derecho de los padres a completar la educación sexual de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones, sin que dicho derecho pueda suponer un automático veto sobre la organización institucionalizada de una enseñanza sobre materias sexuales.

En análogo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en tres sentencias de 11 de febrero de 2009 relativas a normas educativas del Principado

de Asturias y de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por consiguiente, a juicio del Consejo, la redacción de los artículos 9 y 10 del anteproyecto puede considerarse correcta a la luz de esta doctrina jurisprudencial. Sin embargo, para evitar previsibles polémicas análogas a las que suscitaron en su día los contenidos de la asignatura Educación para la Ciudadanía, dicha redacción debería considerarse a la luz de los principios indicados. Con tal ocasión bien pudiere tenerse en cuenta o servir de referencia la fórmula danesa de 1970, que ha sido confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como se ha indicado. Reza dicha fórmula: "La educación sexual tendrá por objeto impartir a los alumnos conocimientos que: a) Les ayuden a evitar cualquier incertidumbre o temor que puedan crearles problemas; b) Les ayuden a comprender mejor las relaciones que unen la vida sexual, la vida afectiva y la vida en sociedad; c) Den a cada alumno la posibilidad de descubrir por sí mismo las actitudes que armonicen mejor con su propia personalidad; d) Pongan en valor el sentido de la responsabilidad y de la delicadeza en el ámbito sexual" (Decreto de 25 de junio de 1970, artículo 1). La transcrita regulación, propia de un país extremadamente avanzado en cuestión de derechos y libertades, se aprobó ante un aumento de los embarazos no deseados, de los abortos y de la transmisión de enfermedades por vía sexual, esto es, de una situación muy semejante a la española que hoy pretende corregir la iniciativa legislativa consultada, y fue expresamente avalada por el Tribunal Europeo en la sentencia citada, lo que la convierte en un modelo especialmente autorizado, útil y de pacífica aceptación.

Recuérdese a estos efectos que las citadas sentencias del Tribunal Supremo consideran inobjetable los citados contenidos de la asignatura de Educación para la Ciudadanía por su concordancia con la recomendación (2002)12, del Consejo de Europa que en su día fue señalada por este Consejo en su dictamen 2521/2006. La referencia a los textos internacionales, inútil cuando es meramente retórica, puede ser conveniente a la hora de blindar frente a posibles objeciones las normas proyectadas".

7.- Otras cuestiones.

A) Traslado de personal objetor.

Este aspecto ya fue enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1987, que

conoció el traslado de diversas enfermeras a un servicio distinto en el que desarrollaban sus funciones, el Alto Tribunal entiende que

"Efectivamente, existe en principio un fundamento objetivo notorio, expuesto por las mismas interesadas, para tal decisión, y es, precisamente, su deseo de no intervenir en interrupciones voluntarias de embarazos (por lo demás, tan legítima como la contraria). Tal actitud negativa implica la imposibilidad de colaborar en tareas normales del departamento en el cual se hallaban adscritas, con perturbación previsible del servicio cuando se presentaren tales casos. No cabe hablar, pues, de «represalia» si el cambio de destino se hace sin afectar al lugar de residencia (Ponferrada), al Hospital («Camino de Santiago»), a las categorías profesionales y a los salarios o sueldos, que en ningún momento han sido degradadas o disminuidas".

B) Registro de los objetores de conciencia.

La válida práctica de la objeción de conciencia necesita de la inscripción del médico en el Registro de objetores de conciencia creado al efecto en cada territorio.

Bien es cierto de que tal inscripción, apriorísticamente, podría considerarse que viola el derecho a no declarar sobre cuestiones relacionadas con creencias ideológicas y religiosas, pero no lo es menos que, sin tal declaración el derecho que tratamos, sea fundamental o no, no podrá aplicarse.

En este sentido, el Auto de 29 de septiembre de 2010, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, reconoce que *"el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, reclama por su misma naturaleza de un acto de manifestación externa de quien lo ejerce; puede ser excesiva la reclamación de determinados detalles sobre los motivos del ejercicio (véase Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2007, caso Folgero contra Reino de Noruega), pero no cabe negar que el ejercicio a de exteriorizarse de una forma u otra"*

Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, "Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de

tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias”

La práctica totalidad de la doctrina considera que los registros válidos son los que se creen en las instituciones sanitarias, pero es conocida la polémica que, a tales efectos ha existido en diversas Comunidades Autónomas, donde se ha planteado la pugna de si tiene el mismo efecto la declaración consignada en el Registro del Colegio de Médicos de cada de ellas.

C) Recursos contra la denegación de la objeción de conciencia.

No debe generar problema la resolución administrativa que resuelva la solicitud de objeción de conciencia, en el hipotético caso de que esta sea denegatoria, no habría problema alguno para que se plantease la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, así, si bien es cierto que, en aplicación del Artículo 111.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, *“la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado”*. En este caso sería de aplicación el apartado segundo de tal precepto, a cuyo tenor,

“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a. Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b. Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.”

En definitiva, la hipotética resolución administrativa que deniegue el derecho del profesional sanitario a la objeción de conciencia, deberá suspen-

derse, ya por solicitud del afectado, ya de oficio por el órgano administrativo, pues, en este caso es evidente que concurren las dos circunstancias legales que justifican tal medida preventiva.

En resumen de todo lo hasta aquí expuesto, la regulación actual de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, no resuelve, de modo definitivo, la innumerable serie de problemas que plantea la objeción de conciencia sanitaria, si bien es cierto que, una cuestión estrictamente ligada a cuestiones éticas, morales y religiosas difícilmente puede ofrecer una solución definitiva y, mucho menos pacífica, no lo es menos que una regulación pormenorizada de este derecho contribuiría a evitar o cuanto menos a mitigar, alguno de los planteamientos que aquí se han expuesto.

Ello redundaría, no solo en beneficio de los profesionales sanitarios, que conocerían unas pautas de actuación, sino también a los usuarios del sistema de salud que, a día de hoy, tiene reconocida como una prestación sanitaria, la interrupción voluntaria del embarazo siempre que se ajuste a las pautas legales.

III.- POSICIÓN LEGAL DE LOS PADRES.

Bajo este epígrafe queremos abordar otra de las cuestiones que más controversia ha despertado con la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la interrupción voluntaria del embarazo de las embarazadas mujeres de dieciséis años y la situación que ostentan sus representantes legales en este proceso.

Y es que, en este aspecto, la norma pretende tomar postura sobre un complicado juego de equilibrio, el derecho de autodeterminación de un preadulto y los derechos de los representantes legales que ostentan la patria potestad o la tutela de aquel.

Esta cuestión viene regulada en el artículo 13. CUARTO de la Ley Orgánica 2/2010, según el cual,

“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.

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.

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”.

El desarrollo a este precepto lo ofrece 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.

Así, el artículo 8, bajo el epígrafe Consentimiento informado de las mujeres de 16 ó 17 años. Información a los representantes legales, se indica,

“1. 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.

2. En el caso de prescindir de esta información, cuando la mujer alegue las circunstancias previstas en el apartado Cuarto del citado artículo 13, el médico encargado de practicar la interrupción voluntaria 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.”

En definitiva, este precepto que, en las postrimerías de la elaboración de la norma, era decididamente revolucionario, ha ido atenuando su carácter de forma que, salvo en los casos de conflicto grave, la menor no solo deberá entregar un documento en el que se haga constar que al menos uno de los progenitores ha sido informado de su intención, sino que deberá entregar aquel acompañada por su representante legal –este requisito ha sido incluido *ex novo* por el Real Decreto 825/201- su-

ponemos que para evitar cualquier fraude relativo a la suscripción del documento en cuestión-.

Antes de entrar a comentar las posturas que se han formado en torno a este precepto, conviene partir del análisis de la figura del menor maduro, que es aquel menor de edad legal que poseen capacidad suficiente para la toma de decisiones que afecta, en este caso a su salud.

En el ámbito sanitario, se ha regulado de manera decididamente heterogénea el consentimiento informado del menor y del menor maduro.

El consentimiento informado es el que emite un paciente para recibir un tratamiento tras ser informado al respecto, este consentimiento tiene su base en el derecho a la autonomía del paciente y su sustrato constitucional se encuentra el derecho a la dignidad reconocido en el artículo 10 de la Carta Magna.

Su regulación legal la ofrece el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, a tenor de este artículo

“Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

Para tomar postura sobre la polémica que comentamos, es recomendable analizar la naturaleza jurídica del consentimiento informado, pues así se puede determinar, con mejor criterio, si el otorgamiento de este acto está incluido en uno de los relativos a la personalidad del menor y que, en virtud del artículo 162.1º del Código Civil, éste puede realizar por sí mismo.

En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3) da al consentimiento informado la calificación de Derecho Fundamental considerándolo una de las últimas aportaciones realizadas a la teoría de los derechos Fundamentales y consecuencia directa de cómo deben ser concebidos los derechos a la vida, integridad física y libertad de conciencia.

Para el Tribunal Supremo, la información del médico al paciente para que éste pueda escoger en libertad dentro de las posibles opciones que la

ciencia médica le ofrece al respecto no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española.

Siguiendo esta estela, la sentencia de 11 de mayo de 2001, si bien con carácter de «obiter dicta», vuelve a calificar el derecho a ser informado como un derecho humano fundamental con apoyo en los preceptos constitucionales e internacionales a los que ya hacía referencia la sentencia de 12 de enero de 2001; a ellos incorpora la Carta 2000/CE 364/01, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 3, y en relación con la integridad de la persona, señala: «1.–Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2.– En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley».

Esta calificación no ha estado exenta de polémica ⁽⁸⁾, sin embargo es unánime el criterio de que

⁽⁸⁾ Así, Don Manuel Pulido Quevedo en un artículo titulado **El consentimiento informado en materia de salud: ¿derecho humano fundamental?**, publicado en el Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional num. 5/2001. BIB 2001\501 afirma,

“Constituye una declaración de principio de la jurisprudencia constitucional, que el Juez Ordinario –también el TS– es el primer garante de los derechos fundamentales. Más aún, ha señalado –STC 188/1994, de 20 de junio (RTC 1994, 188), entre otras–, que al Tribunal Supremo, como cúspide de la jurisdicción ordinaria, le compete con carácter preferente –no subsidiario como es el caso del Tribunal Constitucional– la defensa de los derechos fundamentales.

Ahora bien, dicha aseveración requiere para ser correctamente entendida, la previa delimitación de la materia concernida, que no puede ser otra que la contenida en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875). –De los Derechos Fundamentales y de las libertades Públicas–.

Ya no es preciso citar, junto a dichos preceptos, el art. 30.2 CE. El que reconoce la objeción de conciencia al servicio militar, habida cuenta que el Real Decreto 342/2001, de 4 de abril (RCL 2001, 944), ha suspendido la prestación social sustitutoria del servicio militar. A partir del 31 de diciembre del año 2001, los objetores de conciencia que a dicha fecha se encuentren en situación de disponibilidad pasarán a la situación de reserva de la prestación sustitutoria.

Ocurre, sin embargo, que en ocasiones los Tribunales ordinarios, aun el TS, califican como fundamentales, –sin pretensión seguramente de ampliar el elenco de los que el constituyente consideró susceptibles de protección a través del procedimiento preferente y sumario «ex» artículo 53.2 CE ante la jurisdicción ordinaria y, en el último extremo, ante el Tribunal Constitucional por medio o a través del recurso de

el consentimiento informado está estrechamente vinculado con la el derecho a la dignidad y la libertad personal, a la integridad física y psíquica y es preciso para legitimar las intervenciones en el ámbito de la sanidad.

Así, como afirma Don Manuel Pulido Quevedo “*El derecho del paciente-usuario a ser informado en términos comprensibles, de forma completa y continuada sobre su proceso, así como al previo consentimiento escrito del mismo para la realización de cualquier intervención, está reconocido legalmente en el artículo 10 apartados 5 y 6, de la Ley 14/1986. Hoy ese derecho a la información, que puede encontrar acomodo entre los derechos instrumentales al libre ejercicio de la autodeterminación personal o libre desenvolvimiento de la personalidad art. 10.1 CE) y al derecho a la protección de la salud*”

Pues bien, se puede concluir que, integrado el consentimiento informado entre los aspectos relativos a la personalidad del individuo, el menor podría otorgarlo con independencia de sus progenitores.

amparo–, aquellos que no alcanzan tal carácter en la economía de nuestro sistema constitucional.

Uno de esos derechos, al que la STS (Sala Primera), de 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3), ha calificado como un derecho humano fundamental, es el que se conoce en el ámbito de la salud, introducido legalmente por la Ley 14/1986, de Sanidad, de 25 de abril (RCL 1986, 1316), como el consentimiento informado.

El derecho del paciente-usuario a ser informado en términos comprensibles, de forma completa y continuada sobre su proceso, así como al previo consentimiento escrito del mismo para la realización de cualquier intervención, está reconocido legalmente en el artículo 10 apartados 5 y 6, de la Ley 14/1986. Hoy ese derecho a la información, que puede encontrar acomodo entre los derechos instrumentales al libre ejercicio de la autodeterminación personal o libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 10.1 CE) y al derecho a la protección de la salud (principio rector, según la economía del art. 43.1 CE, no derecho fundamental), ha encontrado reconocimiento y protección internacional en el Convenio, de 4 de abril de 1997, para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, ratificado por instrumento de 23 de julio de 1999 (RCL 1999, 2638), –fecha de entrada en vigor en nuestro país, el día 1 de enero de 2000– cuyo Capítulo II, del consentimiento, sanciona y reconoce el derecho y su régimen jurídico (arts. 5 - 8).

Pues bien, con independencia de la importancia de su reconocimiento en el mencionado Convenio, que contempla otras cuestiones de indudable interés: genoma, extracción de órganos y de tejidos de transplantados vivos, etc., no puede calificarse, a nuestros efectos internos.

Así resulta de la aplicación estricta del artículo 162.1 del Código Civil, del que resulta,

“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1. 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.”

Sin embargo, esta, que es la regla general en Derecho Civil, en el ámbito sanitario, está sujeta a la intervención –de diverso grado- de los representantes legales.

Así, en el ámbito sanitario, la regla general la expone el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, que establece,

“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. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

Sin embargo la norma contempla alguna excepción:

-Artículo 9.4. La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

- Artículo 11.1 exige la mayoría de edad para el otorgamiento de instituciones previas

También las leyes sectoriales establecen especificidades propias, así

a) La Ley 14/2006, de 26 de mayo por la que se regulan las técnicas de reproducción humana asistida reconoce en su artículo 6 que *toda mujer*

mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

b) Los artículos 4 y 6 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y transplante de órganos, exigen la mayoría de edad para estas prácticas, tanto para el donante como para el receptor, en su defecto el consentimiento informado lo otorgarán sus representantes legales.

c) El artículo 4.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, que regula la investigación biomédica, prevé tanto para investigación biomédica como para que puedan aportar a ella sus muestras biológicas que *“se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación. (...)Las personas incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación”.*

d) La Ley 29/2006, de 26 de julio, del Medicamento, indica que, para participar en un ensayo clínico, en el caso de personas que no puedan emitir libremente su consentimiento, éste deberá ser otorgado por su representante legal.

Esta referencia imprecisa la aclara el artículo 7.3 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, que regula los ensayos clínicos con medicamentos y establece,

“Cuando el sujeto del ensayo no sea una persona capaz para dar su consentimiento o no esté en condiciones de hacerlo, la decisión deberá adoptarse, teniendo en cuenta lo indicado en este artículo.

a) Si el sujeto del ensayo es menor de edad:

1º Se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga 12 o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo.

2º El menor recibirá, de personal que cuente con experiencia en el trato con menores, una in-

formación sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios adecuada a su capacidad de entendimiento.

3º El investigador aceptará el deseo explícito del menor de negarse a participar en el ensayo o de retirarse en cualquier momento, cuando éste sea capaz de formarse una opinión en función de la información recibida.

4º El promotor pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de los ensayos cuya población incluya a menores.”

2.- Exégesis del artículo 13.Cuarto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

En definitiva y, con independencia de otras consideraciones extrajurídicas, el artículo 13.Cuarto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, si bien es cierto que obvia lo dispuesto en el artículo 162.1 del Código Civil, es coherente con la regulación sanitaria que acabamos de citar.

Pues bien, antes de llegar a su redacción actual, el anteproyecto excluía la interrupción voluntaria del embarazo de las excepciones en las que el consentimiento informado estaba reservado a las mayores de edad.

Así resultaba de la redacción inicial del artículo 13, que se limitaba a exigir el consentimiento de la mujer para practicar una interrupción voluntaria del embarazo y de la Disposición final segunda que daba nueva redacción al artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, y limitaba la mayoría de edad a las prácticas de ensayos clínicos y técnicas de reproducción humana asistida.

Pues bien, este planteamiento inicial del anteproyecto recibió numerosas críticas; así, en el informe aprobado por el Consejo Fiscal critica que,

“ El anteproyecto hace mucho hincapié en la necesidad genérica de información y formación en materia sexual y reproductiva por parte de los poderes públicos y los profesionales de la sanidad. Pero parece olvidarse de la obligación de los pa-

dres de velar por sus hijos no emancipados, tenerlos en su compañía, alimentarles, educarles y procurarles una formación integral (artículo 154 del Código Civil). En momentos tan difíciles como sin duda son aquéllos en que una menor de dieciséis y dieciocho años se encuentra embarazada y se plantea la posibilidad de abortar o no , poder prescindir del consejo y apoyo de los padres no resulta adecuado. Tampoco es razonable que una decisión tan importante en su vida...deba ser adoptada por los padres...Por ello consideramos más oportuno acudir a la solución intermedia de las tres previstas en la ley: que los padres deban ser informados de la situación de su hija, y su opinión sea tenida en cuenta para la toma de la decisión por quien corresponde: la menor misma. Con ello se equipara la situación de la menor de dieciséis y diecisiete años a la del menor emancipado.”

Por su parte, el Consejo de Estado, en su informe de 17 septiembre de 2009, señalaba que, *“Habida 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 del Código Civil, 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 interrupción voluntaria del embarazo.”*

El informe alternativo del Consejo Fiscal estudia esta misma cuestión desde una óptica más proclive a que se tome en consideración la autonomía del menor.

De este modo, inicia su análisis a la disposición final segunda cuestionando que la interrupción voluntaria del embarazo sea una *“mera intervención invasiva que afecte a la integridad física” de la menor, pues, por el contrario constituye 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...- que forman parte de una decisión previa, por lo que los supuestos y los términos de esa decisión son distintos”.*

Por ello, concluye afirmando que “*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 la decisión implica*”.

En este informe alternativo, descartando la intervención exclusiva de los representantes legales que sería inconstitucional alcanza una posición de equilibrio, así, parafraseando al Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985, recuerda que el consentimiento informado es válido cuando se disponga de una correcta información, no solo de carácter médico sino también de índole social, pues bien, dentro de ésta última, incluye la intervención de los padres, si bien con un destacado carácter medurado, así afirma,

“Por tanto, al margen de cualquier concepción moral, política o religiosa, sino estrictamente dentro del planteamiento constitucional del problema, sin extraer del marco personalísimo de la voluntad debidamente informada de la menor embarazada el intransferible proceso de formación y manifestación de su decisión, resultaría ciertamente congruente con la filosofía del Anteproyecto y, desde luego, con el esfuerzo de optimización constitucional que propugnábamos, el que se añada a la información que aquella recibe antes de decidir sobre la interrupción de la gestación, una explícita y razonada invitación a informar a sus padres o tutores de la situación y a valorar junto a ellos, o bien con una persona adulta de su confianza, las alternativas y las consecuencias del paso irreversible que supone tanto la interrupción del embarazo como la decisión de llevarlo a término”

Con estos mimbres, cabe señalar que, tema de la interrupción voluntaria del embarazo de las mayores de dieciséis años enfrenta a dos posturas, una que podríamos definir como conservadora y que tiene como postulado principal la protección de los menores desde la tutela de sus representantes legales y otra más proclive a garantizar la autodeterminación del menor de edad legal con capacidad suficiente para decidir cuestiones relativas a su esfera personal.

Quienes abogan por la postura conservadora, sostienen que, de otro modo se impide el derecho/deber de los padres impuesto en el artículo 154 del Código Civil que les obliga, entre otras cosas a

velar por ellos, por ende, el fin último de estos preceptos es proteger al menor, en este caso su salud y su integridad física, lo que solo se consigue si se informa a los representantes legales de las vicisitudes relativas a la situación sanitaria del menor.

Consideran que “*el principio de autonomía no es absoluto, debe equilibrarse con los de beneficencia, no maleficencia y justicia (este es especialmente violado cuando no se informa a los padres en determinadas situaciones). Es evidente que si los padres no son requeridos no pueden velar para que la información que reciban los menores sea veraz y completa, ni pueden pedir una segunda opinión médica, ...ni en general velar por sus hijos*”⁽⁹⁾.

Así citan como ejemplo otros derechos que, a los responsables legales de los menores les encomienda la Ley, entre ellos, el artículo 4 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación, pues, en relación con la educación de sus hijos o pupilos, tienen los siguientes derechos: d) A estar informados sobre el progreso del aprendizaje e integración socio-educativa de sus hijos; e) A participar en el proceso de enseñanza y aprendizaje de sus hijos; g) A ser oídos en aquellas decisiones que afecten a la orientación académica y profesional de sus hijos.

Igualmente, el párrafo segundo de este precepto, encomienda a los progenitores, como primeros responsables de la educación de sus hijos o pupilos: d) *Participar de manera activa en las actividades que se establezcan en virtud de los compromisos educativos que los centros establezcan con las familias, para mejorar el rendimiento de sus hijos.*

En definitiva, consideran que, en el ámbito de la interrupción voluntaria del embarazo de la mayor de dieciséis años, a los responsables legales de un menor, también se les debe reconocer no un derecho a la información, sino de participación e intervención en el proceso asistencial similar al reconocido en el ámbito educativo.

Por el contrario, quienes defienden la segunda postura consideran que el consentimiento informa-

⁽⁹⁾ Corresponden a un artículo publicado por Don Eliseo Collazo Chao en Cuadernos de Bioética XX, 2009/1^o.

do de la menor a la interrupción voluntaria del embarazo debe abordarse desde el prisma del artículo 162.1º del Código Civil, que, como hemos visto, habilita al menor capaz para desarrollar actos relativos a su personalidad sin la intervención de sus progenitores.

En efecto, al amparo de este precepto, la interrupción voluntaria del embarazo quedaría incluido en esta esfera de libre disposición de la menor pues, según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo estos aspectos están “...directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de los derechos fundamentales, señaladamente de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integran el ámbito esencial de la autodeterminación individual”.

Además apoyan su análisis en una interpretación integral de todo el ordenamiento jurídico.

Así, recuerdan que, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la integridad personal y familiar y a la propia imagen,

“El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”

Por su parte el artículo **2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, que reconoce como principio general que** “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educati-

vo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.”

El artículo 5 señala que “los menores tiene derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo”.

Finalmente, el artículo 9.2 garantiza el derecho del menor a ser oído y reconoce que puede ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

Esta última Ley Orgánica, deja clara su pretensión en su Exposición de Motivos, donde se indica que, “ el derecho a la protección de la infancia (...) consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos” igualmente, establece un importante límite, pues considera que “las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva” reconoce “que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro”.

Acuden además al **Convenio de Oviedo de Derechos Humanos y Biomedicina de 4 de abril de 1997 (ratificado por España el día 23 de julio de 1999), en cuyo artículo 6.2 señala que,** “cuando el menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta solo podrá efectuarse con autorización de su representante..., la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y grado de madurez”.

Consideran igualmente que, la dicción del artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, solo exige dar información a los padres de los hijos emancipados o mayores de dieciséis años en caso de grave riesgo, pues, en otro caso, no cabe el consentimiento informado por representación de tales pacientes.

En este caso, sería precios acudir a la praxis médica para determinar si la interrupción volunta-

ria del embarazo es una intervención que entraña grave riesgo, pues según esta parte de la opinión, ello es definitivo para acudir o no al consentimiento por representación.

En definitiva, para los partidarios de esta corriente, la menor que presente suficiente grado de madurez, podría prestar su exclusivo conocimiento a la interrupción voluntaria del embarazo.

En estos casos, se debería determinar quien valora la capacidad del menor y con base en que parámetros se decide, para ello, hay quienes proponen que se acuda al análisis de un psicólogo o al establecimiento de protocolos sanitarios de aplicación a esta determinación.

3.- Derecho del menor a la protección de datos de carácter personal relativos a la salud.

Este apartado pretende analizar, de modo sucinto, el derecho del menor a la protección de datos relativos a la salud y, en que medida, el artículo 13. Cuarto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, puede afectar a este derecho a la confidencialidad de datos.

La protección de datos esta regulada en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal que, tiene por objeto, según su artículo 1 “*garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar*”; en consecuencia, el artículo 6 exige el consentimiento del afectado para el tratamiento de estos datos.

Ello va ligado al deber de secreto que, al responsable del tratamiento, impone el artículo 10; este mismo deber de secreto y confidencialidad lo establecen los artículos 7 y 16.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, en lo que a los datos relativos a la salud se refiere.

Estas normas no distinguen a los sujetos protegidos en función de su edad, pues se refieren, respectivamente, a las “*personas físicas*” y al “*paciente*”, en consecuencia, estos preceptos son aplicables también a los menores de edad.

Pues bien con estos antecedentes normativos, la Agencia Española de Protección de datos, en su Informe 409/2004, concluye que los padres de un menor de edad, mayor de catorce años, no podrán acceder a la historia clínica de sus hijos sin el consentimiento de estos.

Estos son los fundamentos en los que se apoya para alcanzar tal conclusión:

“El acceso a los datos de la historia clínica constituye una modalidad de ejercicio del derecho de acceso, regulado por el artículo 15 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, siendo, como consagra la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos y, en consecuencia, parte esencial de un derecho de la personalidad del afectado cuyos datos son contenidos, en este caso, en la historia clínica, facilitándose copia de los mismos, como en el caso planteado en la consulta, consistente en una copia del informe de la analítica efectuada.

(...)

Respecto de los mayores de catorce años, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 162.1º del Código Civil, se plantea si ha de considerarse que el menor tiene condiciones suficientes de madurez para ejercer el derecho de acceso, debiendo, a nuestro juicio, ser afirmativa la respuesta, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico viene, en diversos casos, a reconocer a los mayores de catorce años la suficiente capacidad de discernimiento y madurez para adoptar por sí solos determinados actos de la vida civil. Baste a estos efectos recordar los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por ejercicio del derecho de opción o por residencia, que se efectuará por el mayor de catorce años, asistido de su representante legal, o la capacidad para testar (con la única excepción del testamento ológrafo) prevista en el artículo 662.1 para los mayores de catorce años.

Por otra parte, debe recordarse que, según tiene señalado la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 3 de marzo de 1989, “no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar

por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados". En resumen, la minoría de edad no supone una causa de incapacitación (de las reguladas en el artículo 200 del Código Civil), por lo que aquella habrá de ser analizada en cada caso concreto a los efectos de calificar la suficiencia en la prestación del consentimiento en atención a la trascendencia del acto de disposición y a la madurez del disponente.

En consecuencia, a tenor de las normas referidas, cabe considerar que los mayores de catorce años disponen de las condiciones de madurez precisas para ejercitar, por sí mismos, el derecho de acceso a sus datos de carácter personal, sin que pueda admitirse la existencia de una representación legal (y, en consecuencia, no acreditada) del titular de la patria potestad, dado que precisamente estos actos se encuentran excluidos de la mencionada representación por el tan citado artículo 162.1º del Código Civil.

De este modo, si el padre o madre de un mayor de catorce años acude a un centro sanitario solicitando un informe de analítica o cualquier dato incorporado a la historia clínica de su hijo, sin constar autorización alguna de éste, no sería aplicable lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley 41/2002, por lo que no debería procederse a la entrega de la información en tanto no conste la autorización fehaciente del hijo. Por supuesto, salvo en los supuestos en que el hijo haya sido previamente sujeto a incapacitación".

Pues bien, los partidarios de reconocer y respetar el derecho a la autodeterminación del menor y a asegurar el ejercicio por sí mismos de actos relativos a su personalidad, consideran que el artículo 13.Cuarto, vulnera el derecho a la protección de datos relativos a la salud del menor maduro.

Sin embargo, la reciente Sentencia 330/2010, de 7 de abril del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha anulado dos preceptos del Código Deontológico aprobado por el Colegio de Médicos de Cataluña, en concreto la norma 33 del Código Deontológico a cuyo tenor "el médico en caso de tratar a un paciente menor de edad y cuando lo considere con las

suficientes condiciones de madurez, habrá de respetar la confidencialidad respecto de los padres o tutores y hacer prevalecer la voluntad del menor".

Señala a este respecto la Sentencia,

"Conforme al tenor literal de esta norma, cuando el médico considere que un paciente menor de edad tiene las suficientes condiciones de madurez -con independencia de cuál sea dicha edad-, se producirán dos consecuencias ineludibles. Por una parte, "habrá de respetar la confidencialidad respecto de los padres o tutores", lo que comporta que éstos no serán informados del estado de salud del menor que se halla sujeto a su patria potestad o tutela, en tanto que, por otra, prevalecerá en todo caso la voluntad de aquél sobre la de sus padres o tutores.

Resulta obvio que tal regulación contraviene lo dispuesto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (RCL 2002, 2650), de Autonomía del Paciente . Según este precepto, en los casos en que se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabrá prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, incluso en estos casos, los padres deben ser informados en todo caso, cuando se trate de una actuación de grave riesgo, y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

La norma impugnada no respeta tales prescripciones, desde el momento en que impide que los padres o tutores sean informados en todo caso, cuando el médico considere que el menor tiene las suficientes condiciones de madurez, y hace prevalecer la voluntad de éste, sin ponderar en uno y otro caso las circunstancias de edad y riesgo que establece el precepto legal.

La manifiesta contradicción de la norma impugnada con la disposición legislativa antes reseñada conduce, en consecuencia, a la estimación en este punto del recurso interpuesto por los actores".

De todo lo que hasta aquí se ha expuesto, resulta que existe un confuso panorama legal en el tema del otorgamiento del consentimiento informado por los menores maduros, a ello contribuye la heterogeneidad normativa y lo enrocadas que se encuentran las posiciones de expuestas a lo largo de este escrito.

En definitiva, posturas que podríamos denominar más progresistas o proclives a reconocer y garantizar el derecho a la autodeterminación del menor maduro, esgrimen el derecho que a aquel le corresponde para acceder por sí mismo al sistema sanitario y disfrutar de sus prestaciones, a obtener información y a decidir con independencia de la posición de sus representantes legales, garantizando así, su derecho a la intimidad, a la integridad.

Por el contrario, posturas más conservadoras defienden no solo el derecho de los padres a velar por sus hijos, sino el derecho de los hijos a que este deber paterno filial se desarrolle debidamente

Es evidente, por tanto que habremos de seguir buscando fórmulas que garanticen el justo equilibrio entre los derechos de los representantes legales a asegurar la protección del menor y el de éstos últimos a que se respete su autonomía personal, siempre sin perder de vista que, el fin último de este conflicto, es el beneficio del menor, a quien se le debe garantizar su protección y desarrollo integral.

BIBLIOGRAFÍA.

- La objeción de conciencia sanitaria, Javier Sánchez-Caro, Revista Derecho y Salud, volumen 19, número extra 1, 2010.

- Consideraciones relativas al derecho de objeción de conciencia en el ámbito sanitario, diciembre de 2009, Consejo General de Enfermería.

- Guía de objeción de conciencia sanitaria al aborto editada por la Asociación para la Defensa del Derecho a la Objeción de Conciencia, el Centro Jurídico Tomás Moro, Derecho a vivir, Hazte oír o Médicos por la vida.

- Objeción de conciencia al aborto, Dra. María Cebriá García.

- La doctrina constitucional sobre el derecho a la vida y la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Especial referencia al Dictamen emitido por el Consejo de Estado, Alejandro Alonso Cajigas, Actualidad Administrativa, nº 11, Editorial La Ley.

- La capacidad jurídica del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica, Juan Luis Beltrán Aguirre.

- Anticoncepción, contracepción de emergencia y minoría de edad, Juan Luis Beltrán Aguirre, Revista Aranzadi Doctrinal 11, marzo de 2010.

- Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro, Rafael Álvaro Millán Calenti, Revista Derecho y Salud, volumen 19, número extra 1, 2010.

DEBATE Y CONCLUSIONES.

Tras la presentación de la ponencia, tuvo lugar un animado debate, donde, entre otros temas, se discutió la proyección de la objeción de conciencia al deber de informar previsto en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, También se disertó el ámbito de actuación de los menores de edad legal.

Finalmente se cuestionó el derecho de objeción de conciencia, respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, por parte del personal sanitario que acceda a un servicio público tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, pues aquella prestación asistencial ya forma parte de la cartera de servicios comunes de la Administración sanitaria.

Esta intervención puso de manifiesto lo que consideraba el riesgo de que la conciencia de un grupo acabara imponiéndose como conciencia única y llegara a imposibilitar el correcto funcionamiento de sistema sanitario.

Como consecuencia de la ponencia inicial y del debate ulterior, se pueden alcanzar las siguientes conclusiones.

Primera.- Sería recomendable realizar una regulación competa de la objeción de conciencia que delimitara con mayor precisión tanto el ámbito subjetivo de aplicación de la norma- que profesionales sanitarios pueden acceder a este derecho-, como el objetivo, - para que actuaciones concretas puede ejercerse este derecho-.

Segunda.- La objeción respecto del deber de informar previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, está motivada, más que por el contenido de la información, por su carácter de requisito necesario para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo.

Tercera.- El derecho civil y el derecho sanitario, ofrecen un tratamiento distinto a la capacidad

de los menores de edad, a esa dispersión normativa contribuye el artículo 13.Cuarto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que, sin mención al grado de madurez de los menores de edad, autoriza a las mujeres mayores de dieciséis y diecisiete años a prestar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo siempre que sus representantes legales hayan sido debidamente informados.

Cuarta.- Es cuestionable la función de valoración, que imputa al médico que practique la interrupción voluntaria del embarazo, el artículo 8 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, en relación con el artículo 13.CUARTO de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, pues, al amparo de estos preceptos, será este facultativo quien valore la existencia o no de un conflicto grave a los efectos decidir si procede o no informar a los representantes legales de la menor de edad sobre su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo.

Quinta.- El derecho a la objeción de conciencia, prácticamente por unanimidad, tiene reconocido carta de naturaleza de derecho fundamental como proyección del derecho a la libertad ideológica y de conciencia del artículo 16 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 y goza de la protección especial que ofrece el recurso de amparo como resulta del artículo 53.2 de la Carta Magna.

En todo caso, el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia deriva de una ponderación de valores y de intereses, en este caso el incumplimiento de un deber justificado por la facultad de actuación en coherencia con la libertad ideológica y de creencia del artículo 16 de la Constitución Española y el derecho de la mujer de acceder a una concreta prestación sanitaria.

Pues bien, en este pretendido conflicto, debe prevalecer el derecho a la objeción de conciencia del profesional sanitario, pues el ejercicio de su derecho, no impide el acceso de la mujer a la prestación sanitaria de interrupción voluntaria del embarazo; efectivamente, si todos los profesionales sanitarios que presten servicio en centros públicos de un ámbito territorial concreto han objetado en conciencia, la prestación sanitaria se garantiza con el traslado de la paciente a un centro privado o, a otra Comunidad Autónoma, donde sí existan facultativos dispuestos a asistirle.