

CONSENTIMIENTO INFORMADO POR REPRESENTACIÓN EN EL ABORTO

Sumario: 1. El consentimiento informado como contenido esencial de la integridad personal. 2. El consentimiento informado por representación: régimen jurídico general. 3. Casuística: menores e incapaces. 4. Conclusiones.

1. El consentimiento informado no es una cuestión que afecte única y exclusivamente a la relación médico-paciente, aunque, sin duda, tiene su origen en la evolución que dicha relación ha sufrido con el transcurso del tiempo y que ha llevado a que el principio de autonomía del paciente haya devenido en el principio rector de la relación clínica.

El instituto del consentimiento informado se ha convertido en una garantía¹, en un instrumento de aseguramiento de la autonomía personal, lo que implica una carga constitucional enderezada a cumplir una función decisiva en la realización o garantía de los derechos del paciente, incluidos los derechos fundamentales a la vida, la integridad física, la libertad, la intimidad y la libertad religiosa, razón por la que considero preciso encadenar el consentimiento informado con el derecho fundamental a la integridad física, por entenderlos íntimamente vinculados y por concebir aquél como instrumento necesario para hacer efectivo éste, siendo importantísimo precisar el alcance del mismo. Con este objetivo hemos recurrido a las precisiones realizadas al respecto por nuestro Tribunal Constitucional, cuya doctrina ha hecho una interpretación restrictiva del derecho a la integridad en el ámbito de las actividades médicas, de forma que para recurrir en vía amparo ha de existir una lesión, es decir, es preciso que el tratamiento sin

1 Como señala A. ROVIRA, *Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, I ed., Pamplona, 2007, 24-25, «el consentimiento informado no es un derecho fundamental, como a menudo se afirma por aquellos que confunden los medios con los fines. El consentimiento informado es una garantía, un procedimiento, una técnica, si se quiere incluso un principio que garantiza los derechos fundamentales del paciente en sus relaciones con la sanidad, asegurando que quede constancia cierta del conocimiento del afectado y de su aceptación de un tratamiento que afecta a su esfera mas íntima, a sus más elementales derechos».

consentimiento implique una intervención que lesione la integridad física de modo que « el análisis ha de quedar ceñido a si la intervención llevada a cabo sobre el demandante de amparo sin informarle previamente de sus riesgos y posibles consecuencias ha supuesto o no una lesión de su derecho a la integridad física y moral, derecho amparado de forma autónoma en el art. 15 CE y que adquiere de esta forma una sustantividad propia; y, en relación con él, del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)»².

Y es que, como señala la STC 181/2000, de 29 de junio, la protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación.

Se configura el consentimiento informado como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, con una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.

Por otra parte, se considera que el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente superpuestos que el ejercicio de uno supone la previa correcta realización del otro, por lo que, si la información no es adecuada y completa, este hecho repercute en la prestación de un consentimiento viciado, ya que la decisión adoptada respecto de

2 La STC (Sala 2ª) núm. 37/2011, de 28 de Marzo, constituye el primer pronunciamiento constitucional en materia de consentimiento informado. Configura el instituto del consentimiento informado como un mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, en consecuencia, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden verse concernidos como consecuencia de las actuaciones médicas y cuya omisión puede provocar la lesión del derecho a la integridad física, desarrollando en dicha Sentencia el contenido del derecho fundamental a la integridad física. Su importancia radica en considerar que la privación de información equivale a privar o limitar el derecho a consentir o rechazar una actuación médica concreta, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral. En este sentido, AY. GUERRA VAQUERO, *Nuevas tendencias en la interpretación del derecho a la integridad física: la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, sobre consentimiento informado*, *Diario La Ley*, n. 8140, 2013, 12 ss.

la actuación médica no es adoptada con el conocimiento necesario para el desarrollo de una voluntad plena y ello perturba el derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.

No obstante, debe repararse en que no existe unanimidad respecto si el consentimiento informado es un derecho fundamental autónomo, si constituye una garantía que permite asegurar el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales, si es una expresión del principio de autodeterminación personal frente a las actuaciones médicas o si es parte de la *lex artis* o un elemento del contrato entre médico y paciente.

Para algunos autores se trataría de un derecho fundamental autónomo, que encuentra su fundamento en el art. 10 de la Constitución, incluso el Tribunal Supremo en ocasiones lo califica como tal: «El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, una de las últimas aportaciones, consecuencia necesaria de los derechos a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia vida, y consecuencia de la auto disposición del propio cuerpo»³.

Por otro lado, el TC lo configura como una garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral: «[...] un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental»⁴.

Esta postura es mantenida por diversos autores, quienes piensan que es innecesario catalogar el consentimiento informado como derecho fundamental para otorgar una efectiva protección de los derechos de los pacientes⁵: «Consideramos, en primer lugar, que para una más efectiva protección de los derechos de los pacientes, no es preciso, ni jurídicamente posible crear un nuevo soporte jurídico, es decir, otro derecho fundamental denominado consentimiento informado, ya que en sí mismo no es un derecho, sino un procedimiento, un mecanismo. Descartemos, por tanto, la consideración del consentimiento informado como derecho fundamental, incluso como derecho constitucional, porque ello solo confunde y emborrona una

3 STS (Sala 1ª) núm. 3/2001, de 12 enero. En el mismo sentido se pronuncia la STS núm. 74/2001, de igual fecha.

4 STC (Sala 2ª) núm. 37/2011, de 28 de marzo.

5 A. ROVIRA, *Autonomía Personal...*, *ob. cit.*, 109.

figura imprescindible para el disfrute de nuestros derechos en las situaciones más delicadas. Incluso esta tendencia a considerar como derecho fundamental autónomo a todo instituto necesario para su defensa, puede contribuir a la banalización de ambas categorías».

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo lo contempla como un elemento integrante de la *lex artis*⁶ (entendiendo ésta como costumbre y experiencia en el desarrollo de las buenas prácticas médicas): «La jurisprudencia de esta Sala -Sentencias de 10 de mayo de 2006 y 6 de julio de 2007, entre las más recientes- ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y el requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico. Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma».

Lo que desde luego no es el consentimiento informado es un derecho fundamental. El carácter taxativo del catálogo de estos derechos que recoge nuestra Carta Magna no permite la inclusión de un nuevo derecho fundamental, y ello innegablemente determina su exclusión absoluta como tal derecho. A ello contribuye también de manera decisiva la definición introducida por la Ley 41/2002, que lo califica como un procedimiento en virtud del cual un paciente prestará su conformidad libre, voluntaria y consciente, siempre que disfrute del pleno uso de sus facultades, para que se le aplique una actuación médica, siempre que haya sido informado adecuadamente sobre el procedimiento a aplicarle, otras posibles alternativas, riesgos y consecuencias. Por todo ello considero que la naturaleza de este instituto se ajusta a la de un mecanismo o procedimiento para garantizar ciertos derechos constitucionales íntimamente vinculados al derecho fundamental a la integridad física y moral.

La doctrina del Tribunal Constitucional distingue una doble dimensión en el contenido del derecho fundamental a la integridad física: por un lado, protege a su titular frente a ataques dirigidos contra su cuerpo, tanto referidos al aspecto físico como al psíquico, y, por otro, prohíbe cualquier inter-

6 STS (Sala 1ª) 1024/2007, de 4 de abril.

vención sobre el mismo que no esté consentida. En este sentido la negativa del paciente voluntaria y libremente prestada es subsumible en el contenido normativo del art. 15 CE, independientemente de los motivos o razones en los que descansa la decisión adoptada: «Con relación al ámbito médico-asistencial, es precisamente aquí donde encuentra anclaje iusfundamental la exigencia del previo consentimiento informado del paciente a cualquier intervención o tratamiento sanitario, que constituye, así, una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral. De este modo, cualquier intervención médica realizada sin contar con o en contra de la voluntad del paciente constituirá, *prima facie*, su vulneración, amén de que la negativa a recibir o someterse a un tratamiento médico es en sí misma considerada, ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral. Es decir, no necesita estar cualificada como manifestación de otro derecho fundamental, señaladamente alguno de los consagrados en el art. 16 CE, y todo ello con independencia, obviamente, de que además pueda estar amparada por cualquiera de ellos. En suma, la pura y simple negativa del individuo libremente manifestada tiene acomodo, como tal, en el contenido normativo del artículo 15 CE, sean cuales fueren las razones o motivos esgrimidos para ello»⁷.

2. Es preciso hacer una breve referencia al instituto del consentimiento informado por representación en los derechos fundamentales personalísimos y tener en cuenta que cuando hablamos de éstos nos referimos, entre otras acepciones, a derechos públicos subjetivos estrechamente vinculados a cualidades o atributos de la personalidad e íntimamente unidos a la dignidad e individualidad del ser humano, con unas características que les son propias precisamente por esa vinculación que tienen con la persona, configurándolos como derechos innatos, porque corresponden a su titular desde su origen, nacen con la persona y pertenecen a ella por su sola condición de ser humana y, en consecuencia, resultan irrenunciables; imprescriptibles; necesarios, por cuanto no pueden faltarle a la persona, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por las leyes; esenciales, ya que integran el contenido de la personalidad; inalienables, porque están fuera del comercio, no pueden venderse ni transmitirse; *erga omnes*, porque se ejercen contra quienes los vulneren, no solo frente a los particulares sino también frente a los poderes públicos.

7 G. ARRUELO RODRIGUEZ, *La Naturaleza Constitucional de la Asistencia Sanitaria no Consentida*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, n. 82, 53-82, 63.

Vinculando esos derechos personalísimos con el objeto del presente estudio, hemos de centrarnos, en correlación con los epígrafes anteriores, en el derecho a la integridad física y el consentimiento informado por representación.

Partiendo del principio general de que el consentimiento por representación está excluido en los derechos personalísimos⁸, por la propia naturaleza de los mismos, no es discutible ni plantea ninguna duda que el titular de la garantía que representa el consentimiento informado es el propio paciente y de que es él quien ha de prestar su consentimiento para llevar a cabo un tratamiento sobre su persona. Sin embargo ello es objeto de puntualización porque no basta con prestar el consentimiento, sino que éste ha de ser eficaz, válido, por tanto ha de ser otorgado por persona que tenga capacidad para consentir.

Pero ¿qué ocurre cuando el paciente no puede prestar el consentimiento por falta de capacidad? En estos casos las previsiones legales al respecto nos hablan de consentimiento por representación y consentimiento por sustitución⁹, siendo indiferente la terminología empleada dado que el instituto es el mismo, entendiendo por tanto que el consentimiento por representación es el que se realiza en nombre o sustitución del paciente y en virtud del cual un tercero va a tomar decisiones sobre nuestro propio cuerpo.

Respecto de la terminología a usar, ALBADALEJO, al tratar el tema de la representación legal, también hace referencia a si verdaderamente hablamos de representación o estaríamos ante otra figura, en virtud de la cual, y debido a diversos motivos, una persona con potestad sobre otra puede ejercer funciones de las que es titular ésta, reconociendo que «hay escasas posibilidades de hacer una teoría general útil»¹⁰. Entiende este autor que

8 A modo de ejemplo nuestro propio Código Civil, en su artículo 162.1º, al regular la representación legal de los hijos, excluye de la patria potestad de los padres el ejercicio de aquellos derechos personalísimos que el propio hijo, en función de su madurez y conforme a las leyes, pueda ejercitar por sí mismo.

9 Por un lado la Ley 41/2002, en su artículo 9 se refiere a los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación, mientras que la Ley 3/2009, en su art. 46 nos habla de consentimiento por sustitución.

10 M. ALBADALEJO, *Derecho Civil I: Introducción y parte general*, Vol. II, 9ª ed., Barcelona, 1985, 445. En el mismo sentido A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, 2ª ed., Valladolid, 2007, 346, estima más acertada la expresión «sustitución», ya que «la representación en sentido técnico jurídico tiene un significado muy preciso que nada tiene que ver con algunos de los supuestos que se regulan en este precepto, donde no hay representación, sino consentimiento otorgado por personas distintas del afectado por no poder éste prestarlo libre y voluntariamente».

en el caso de «obrar por otro», cuando uno recibe facultades de un tercero para actuar en interés de éste, es cuando podemos hablar de representación genuina.

El Convenio de Oviedo¹¹ también se pronuncia al respecto disponiendo, en el art. 6, sobre protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento, que en el caso de un menor o una persona mayor de edad no tenga capacidad para prestar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley, señalando que la opinión del menor será tomada en consideración y que la misma será más concluyente en función de su edad y grado de madurez, y en cuanto a la persona mayor de edad determina que ésta deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

El art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica,¹² dando cumplimiento a la vinculación jurídica derivada del citado Convenio, determina los supuestos en los que ha de prestarse el consentimiento por representación, erigiendo al médico responsable de la asistencia médica como elemento decisorio y determinante a la hora de precisar la capacidad del paciente para tomar decisiones, preceptuando que, en estos casos, el representante legal será quien preste el consentimiento, y ante la carencia de aquél, lo prestarán las personas vinculadas por motivos familiares o de hecho¹³.

Igualmente el consentimiento se prestará por representación cuando el paciente esté incapacitado legalmente¹⁴.

Para lo casos de menores de edad, carentes de capacidad intelectual y/o emocional para comprender el alcance de la intervención, de nuevo será el

11 Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997, y que entró en vigor en el Reino de España el 1 de enero de 2000. El citado convenio es una iniciativa de primer orden, pues es la primera con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben, y en base a ello España elaboró y aprobó la Ley de Autonomía del Paciente.

12 En adelante, Ley de Autonomía del Paciente o LAP.

13 Sobre el otorgamiento del consentimiento por estas personas, A. DOMINGO LUELMO, *ob. cit.*, 346, estima que las mismas carecen de poder de representación por parte del afectado, «*apoderamiento que no cabría en ningún caso por tratarse de actos personalísimos*».

14 Los artículos 199 y ss. del Código Civil regulan el tema de la incapacitación judicial.

representante quien dé el consentimiento, si bien escuchará la opinión del menor si hubiese cumplido los doce años. El citado artículo rebaja la mayoría de edad sanitaria a los dieciséis años, y expresamente determina que cuando se trate de menores con dieciséis años cumplidos o emancipados no cabe prestar el consentimiento por representación, pero acuerda que los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta cuando la intervención médica conlleve un grave riesgo, cuando así lo estime el facultativo que preste la asistencia, erigiéndose nuevamente el médico como elemento decisorio para determinar que el consentimiento habrá de prestarse por representación.

Sin pretenderlo el legislador ha sembrado en el tema analizado una incertidumbre e inseguridad jurídica difícilmente salvables, como son, la de no precisar el alcance de la opinión del menor ni el alcance de la opinión de los padres cuando la intervención del menor emancipado o con dieciséis años cumplidos conlleve riesgo grave. De hecho no son escasas las situaciones que se han producido en la vida cotidiana, con un resultado trágico, sobre las que con posterioridad se han pronunciado los tribunales, siendo de destacar la doctrina del Tribunal Constitucional, vertida al respecto, en el sentido de que¹⁵ «En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza –y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas– que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar».

Nos encontramos ante un tema muy complejo, parcamente resuelto por la ley y menos aun por la jurisprudencia vertida en supuestos relativos al mismo. Hemos de entender que esta situación trae causa de encontramos ante temas que generan criterios muy subjetivos, de forma que hay autores que consideran que el menor decide pese a que en ello le vaya la vida¹⁶. Por otro lado existen autores cuyo criterio¹⁷ es luchar por salvaguardar la vida del menor, aun en contra de su propio criterio, cuando existen motivos terapéuticos que avalan su

15 STC (Pleno) 154/2002 de 18 de julio.

16 En este sentido M.J. SANTOS MORON, *Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio, La Ley*, n.7, 2002, 1632-1638, 1634-1636, considera que debe reconocérsele al menor maduro (incluso por debajo de los 16 años) el derecho de rechazar tratamientos vitales cuando ello supone afrontar la propia muerte.

17 J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Problemas del consentimiento informado «por representación»*, *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, Barcelona, n.22, 2010, 38-94, 74-76.

posibilidad de sobrevivir, todo ello con base en que un menor, *ex definitione*, es un sujeto sometido a protección estatal y es tarea del Estado proteger al menor y, en este caso, protegerle provisionalmente (hasta que alcance la plena autonomía), incluso de sus propias decisiones no terapéuticamente indicadas. Por más que hablemos de un menor maduro, la madurez del sujeto es fruto de una paulatina evolución que, en lo que se refiere a cuestiones tan relevantes como las decisiones al final de la vida, continúa su evolución incluso bastante más allá de la mayoría de edad legal, independientemente de que el Estado elimine toda limitación a la capacidad al alcanzarse la mayoría de edad del art. 12 CE, que implica, como regla general, la atribución de la plena capacidad de obrar¹⁸.

La Constitución (art. 12) fijó en los 18 años la adquisición de la mayoría de edad, con todas sus consecuencias de orden subjetivo, tanto en el plano político como privado (capacidad de obrar plena). No obstante, la LAP ha equiparado a las personas entre 16 y 18 años a los capaces no incapacitados, a los que atribuye una capacidad de decisión acaso poco matizada. Probablemente sería razonable afinar más la normativa legal en este punto, retrasando la posibilidad de decisión médicamente no indicada de rechazo mortal del tratamiento hasta la plena capacidad que determina la mayoría de edad. Ni la maduración social ni la química cerebral de un sujeto de 16 años le suelen otorgar la madurez suficiente como para adoptar decisiones de este tipo. Permitir que un sujeto de entre 16 y 18 años pueda rechazar inmotivadamente un tratamiento cuando ello implica la muerte parece algo excesivo, pero el tenor literal del art. 9.3.c) LAP es taxativo: «Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación». Aparentemente, la única posibilidad de eludir el precepto es justificar que una persona de entre 16 y 18 años no es capaz de apreciar plenamente ni decidir con madurez suficiente (vertiente volitiva de la competencia) una decisión de esa trascendencia. Pero debe repetirse: aparentemente.

3. *En menores de edad*

Como hemos referido con anterioridad, la Ley de Autonomía del Paciente¹⁹, distingue tres estadios para regular el instituto del consentimiento

18 Sobre el tema, P. DE LORA, *Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces*, en *Els drets humans a l'era de la globalització. Enrahonar: quaderns de filosofia*, Barcelona, n.40-41, 2008, 123-140,131.

19 Cfr. art. 9.3 LAP.

informado respecto de los menores, distinguiendo los casos de (i) menores que carezcan de capacidad intelectual y/o emocional para comprender el alcance de lo que supone la intervención, lo que determinará que el consentimiento lo preste su representante legal, pero (ii) escuchando su opinión para el caso de haber cumplido doce años o más, y (iii) entre los dieciséis y dieciocho años, a partir de los cuales el menor decide por sí mismo²⁰, sin embargo es posible concretar aún más, y deducir cuatro estadios, en función de la edad y la capacidad, para regular la prestación del consentimiento informado por los menores²¹, «[...] En primer lugar, el menor de doce años. El consentimiento será dado por su representante legal. En segundo lugar, el mayor de doce años y menor de dieciséis años que ‘no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención’ El consentimiento lo otorgará también, pero el menor deberá ser previamente escuchado. En tercer lugar, el mayor de doce años y menor de dieciséis años que pueda comprender la intervención. La Ley lo considera capaz de prestar el consentimiento. En cuarto y último lugar estaría el menor de edad mayor de dieciséis años. En este caso no cabe prestar el consentimiento por representación».

De todos los estadios expuestos la mayor problemática la ha planteado el mayor de doce años y menor de dieciséis años que pueda comprender la intervención, y al que la Ley considera capaz de prestar el consentimiento.²² En el tema sobre aborto de menores la precisión introducida por el artículo 13.4º que establece que «en el caso de las mujeres de 16 y 17

20 La LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modificó la Ley de Autonomía del Paciente, preceptuando que para la práctica del aborto a una menor de edad, mayor de dieciséis años, será ésta quien preste el consentimiento.

21 C. GONZÁLEZ MARSAL, *Consentimiento Informado y aborto en España, Persona y Bioética*, ISSN 0123-3122, n.14, 2010, 41-42.

22 En este sentido, M.B. ANDREU MARTÍNEZ, *La interrupción voluntaria del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010: Los supuestos en que se admite y la capacidad para consentir el aborto*, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, n.44, 2010, 164-165. Señala esta autora que «el reconocimiento de capacidad natural para consentir en el ámbito sanitario a partir de los 16 años no significa que por debajo de esta edad consientan siempre sus representantes legales. Como el propio artículo 9.3.c señala, esto solo ocurrirá en los casos en que el paciente menor de edad “no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”. A contrario sensu, si el paciente es capaz emocional e intelectualmente de comprender el alcance de la intervención, a criterio del facultativo, consiente él mismo. Para ello, habrá que atender al concreto acto médico de que se trate [] y a la capacidad del menor para entender el alcance y las consecuencias derivadas de ese acto médico».

años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas», vino a «solventar», parte de la problemática existente con anterioridad en la que se exigía la mayoría de edad general (18 años) para solicitar una interrupción voluntaria del embarazo, frente al reconocimiento de capacidad natural para consentir en el ámbito sanitario previsto en el art. 9.3.c de la LAP (a partir de los 16 años), si bien ese ajuste cronológico, no ha resuelto la laguna legal preexistente, con los afectados que no han alcanzado la edad exigida pero sin embargo cuentan con la madurez suficiente para comprender el alcance y consecuencias de la interrupción pretendida (ej. menor de 16 años, que trabaja, que vive con su pareja, y todo ello con el consentimiento de los padres, pero que no está emancipada). Ya, en supuestos de menores de edad con 16 años cumplidos, cuando la edad para abortar se estipulaba en los 18 años, los tribunales se pronunciaron en innumerables ocasiones, haciendo prevalecer las condiciones de madurez de la menor por encima de su minoría de edad, como se reconoce en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, en el sentido de estimar de aplicación el artículo 162 del Código Civil, para excluir el consentimiento por representación en el ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor que tenga suficientes condiciones de madurez, negando que haga falta el consentimiento de sus padres para la práctica de un aborto²³. En la misma línea interpretativa se sucede otra sentencia dictada por el juzgado de primera instancia núm. ochenta de Madrid, para resolver sobre la solicitud de autorización judicial, de una menor, que pretendía someterse a un aborto por concurrir causa de peligro para su salud psíquica, y en la que el juzgador, entrando a valorar la capacidad concurrente en la menor, entendió que, conforme a los informes emitidos por los especialistas en psiquiatría que la habían examinado, la menor ostentaba un alto nivel de madurez, autorizándola por ello a abortar²⁴. Otra de las

23 SAP de Málaga, de 20 de abril de 2002 (AC 2002\507), en la que se dice que el consentimiento prestado por la menor para que la práctica de un aborto (que pese a tener los dieciséis años cumplidos, la sentencia está dictada cuando la mayoría de edad requerida eran los dieciocho años, por lo que se entiende aplicable, en la actualidad, a edades comprendidas entre los doce y los dieciséis, siempre que concorra capacidad del menor para comprender la intervención), es válido, dado que el artículo 144 del Código Penal no refiere nada en relación a la capacidad de la mujer que presta su consentimiento, debiendo, por ello, acudir a otras normas de aplicación, como lo es el artículo 162 del Código Civil, que excluye del ámbito de la representación legal el ejercicio de los derechos de la personalidad del hijo cuando el mismo posee suficientes condiciones de madurez.

24 Sent. Juzg. 1ª Instancia núm. 80 de Madrid, de 1 de abril de 2008 (EDJ 2008\25331).

cuestiones que han generado confusión es la previsión del artículo 13.4º de que necesariamente debe de informarse a los representantes legales – como regla general – de la decisión de la mujer²⁵, si bien se prevén excepciones al deber de información cuando concurren determinadas circunstancias previstas en el apartado cuarto del artículo 13 de la LO 2/2010. No obstante, la citada ley también tiene aspectos positivos destacables como el de regular, de forma exhaustiva, toda la información previa que debe presidir la prestación del consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo²⁶.

En incapacitados: Naturales y judiciales.

La Ley de Autonomía del Paciente dispone que cuando el paciente esté incapacitado legalmente, o no sea capaz de tomar decisiones o su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de su situación, el consentimiento será otorgado por representación, a través de su representante legal y si careciera de éste, lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho²⁷. Si bien la doctrina no ha sido pacífica al respecto, por entender que concurren circunstancias, como por ejemplo el deseo del tutor de acudir a la interrupción voluntaria del embarazo de una incapaz, donde se han alzado autores que estiman, si en estos supuestos es posible suplir el consentimiento de la incapaz, y de si ello no iría en contra del ejercicio de su libertad de procreación, que se deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el artículo 10.1 de la Constitución, pues aunque la legislación vigente estime que cabe el consentimiento expreso del representante legal como requisito necesario de la interrupción voluntaria del embarazo, hemos de comprender que la norma²⁸, en exceso genérica, debió contemplar expresamente, a criterio de esta autora, la necesidad

25 M.B. ANDREU MARTÍNEZ, *La interrupción voluntaria...*, op.cit.,169, entiende que el legislador parece desconocer el contenido del art. 9.3 de la LAP, al que el legislador remite en el párrafo inmediatamente anterior (el 13.3 de la LO 2/2010). Así mismo en la pág. 170 de la citada obra la autora refiere que aplicando lo previsto en el Informe 2/2009, del Grupo de Trabajo del Art. 29 de la Directiva 95/46/CE, sobre protección de datos sobre derechos muy personales (ej. datos de salud), los niños pueden pedir a sus médicos que no comuniquen sus datos médicos a sus representantes legales.

26 Cfr. artículo 17 LO 2/ 2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

27 Artículo 9.3, Ley de Autonomía del Paciente y artículo 13 de la LO 2/2010, de 3 de marzo.

28 Artículo 13.3º LO 2/2010, de 3 de marzo.

de oír la opinión de la incapaz, como sí se estipula para los menores con doce años cumplidos, lo que permitiría, adecuar a lo dispuesto por Tribunal Constitucional, cuando resuelve que *«respecto de los disminuidos psíquicos existe el deber constitucional de ampararles especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos (art. 49 C.E.), precepto este que concuerda con el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General, de la Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 1971 ('El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos') [...] lo que este tribunal tiene que ponderar principalmente y en primer lugar [...] es la relativa a las garantías que la norma establece para que la autorización judicial, llamada a sustituir el consentimiento de las personas capaces, vaya precedida de requisitos suficientes para que la misma esté justificada en interés prioritario y realmente único del propio incapaz»*²⁹.

Pese a la nueva redacción del artículo 13.3º de la LO 2/2010, que viene a llenar el vacío legal existente -en cuanto la anterior legislación no contemplaba el consentimiento informado por representación para la interrupción voluntaria del embarazo-, nos encontramos con otro vacío legal por cuanto el art. 17 de la LO 2/2010 tan solo habla de la información a la paciente, al igual que el artículo 10.1, de la ley de autonomía del paciente, no contemplándose la información al representante legal, y en el mismo sentido se pronuncia el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la LO 2/2010, en cuyo artículo 7 se reitera nuevamente que *«en todos los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo [...] con carácter inmediato y previo a la prestación del consentimiento por escrito, se habrá de informar a la mujer [...] sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo»*, por lo que informar al representante legal ¿no vulneraría la legislación vigente sobre protección de datos de carácter personal?³⁰, que considera datos especialmente protegidos los de carácter personal que hagan referencia a la salud, y sólo podrán ser objeto de tratamiento esos datos cuando sea necesario para salvaguardar el interés vital de aquella persona que esté

29 STC 215/1994, de 14 de julio, resolvió sobre un recurso de inconstitucionalidad planteado, en relación al artículo 428 del C.P. de 1973, donde se pronunció sobre el supuesto de esterilización de un incapaz, y fijando que toda actuación al respecto ha de llevarse a cabo *«...tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz...»*.

30 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, artículo 7, apartado tercero y sexto in fine.

física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento, por lo que nos encontramos ante un tema parcamente regulado, que provoca grandes lagunas, sobre la validez del consentimiento prestado por un representante legal, o en su defecto, por un familiar de hecho o de derecho, en relación a una interrupción del embarazo de una incapaz, máxime cuando la afectada se oponga a ello. Por tanto cabe recordar la conveniencia ya sugerida por algún autor de tener que solicitar autorización judicial en los casos expuestos, con la sola finalidad de salvaguardar el interés del incapaz³¹.

4. De la lectura de las páginas anteriores, y tras destacar los aspectos más relevantes de la garantía que supone el instituto del consentimiento informado, nos adentramos en la revisión del otorgamiento del consentimiento informado por representación y en la problemática del ejercicio que supone en supuestos en los que se ejercitan derechos personalísimos, y más concretamente cuando se trata de la práctica de un aborto a menores o incapaces.

Como se desprende del tenor literal de lo visto hasta el momento, hay cuestiones que no están resueltas, y para darles solución, lo más coherente es recurrir a los tribunales, dada la dificultad que plantea el ejercicio de los derechos personales por los representantes legales, y las situaciones de hecho que encontramos en la sociedad actual y el desuso en el que ha caído el instituto de la emancipación, y que sea una resolución judicial la que determine, en cada caso concreto, la procedencia o no de la interrupción del aborto pretendido.

En cuanto al tema de los incapaces, se hace necesario distinguir entre los supuestos de incapaz de hecho e incapacitado judicial. En los casos de personas mayores de edad incapacitados judicialmente habrá de estarse a la sentencia que determine la incapacidad y el alcance de la misma³², de manera que, y a modo de ejemplo, si nos encontramos ante una enfermedad de carácter cíclico y éste es determinante de incapacitación, basada en la

31 J.J. REYES GALLUR, *Actitudes legales ante la situación de embarazo de un incapaz o de un menor de edad y su posible interrupción*, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, ISSN 1139-5168, n.17, 2002, 292-298.

32 Art. 210 del Código Civil que precisa que «la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a a que haya de quedar sometido el incapacitado», deduciéndose de su contenido, que el Código distingue que entre la incapacidad absoluta sometida al régimen tutelar y la incapacidad relativa genérica, que antes afectaba solamente a los declarados pródigos, y ahora, en cambio, a todos los mayores de edad declarados incapaces, y que por imperio de una decisión judicial da lugar a la curatela.

existencia de ésta, el régimen de guarda puede y debe quedar adaptado a lo que las circunstancias concretas requieran, de forma que los intervalos lúcidos no impidan la incapacitación, pero sí que condicionan el régimen tuitivo³³, considerando en determinados casos, más procedente, no el de la tutela, destinado a la incapacidad absoluta, sino, el de la curatela, que se refiere a una incapacidad en su faceta de incapacidad relativa genérica, menos rigurosa, porque consiste en la asistencia del curador a su pupilo solamente para el otorgamiento de aquellos actos jurídicos que la sentencia hubiese establecido, exclusivamente, de manera que toda aquella situación sobrevenida -en el caso que nos ocupa, la interrupción del embarazo-, que no esté contemplada la intervención del tutor o curador en la resolución, deberá someterse a los tribunales, y el declarado incapaz deberá ser oído. En lo referente a las incapacidades de hecho, indiscutiblemente, deben ser los tribunales los que se pronuncien al respecto, máxime teniendo en cuenta el régimen dispuesto por la LAP, que por un lado dispone que sea el médico responsable de la asistencia quien determine sobre la capacidad circunstancial del afectado, y por otro que sea el representante legal o personas vinculadas al afectado por razones familiares o de hecho quienes presten el consentimiento, que resulta del todo punto improcedente jurídicamente, a tenor de lo ya referido anteriormente sobre la posibilidad de actuar por representación en el ejercicio de derechos personalísimos, sobre todo ante la envergadura del tema tratado, entendiendo que habrá de recurrirse a los juzgados en funciones de guardia cuando nos enfrentemos a situaciones que no admitan demora, a criterio médico, debiendo intervenir el médico forense, para instruir al juzgador sobre el alcance de la incapacidad sobrevenida y sobre la urgencia de la situación sobrevenida.

33 STS de 10 de febrero de 1986, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez, (RJ 1986520), que resuelve sobre el supuesto de *“una psicosis maniaco-depresiva con períodos de crisis, seguidos de largas fases de lucidez, estima más adecuado someter al enfermo a curatela que a tutela”*.