

La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad.

A propósito de la suspensión cautelar de algunos artículos del Código Deontológico de la medicina catalana y la posición de la justicia británica con relación a la confidencialidad del aborto de la menor de edad en el Reino Unido.

Alejandra de Lama Aymá

Universitat Autònoma de Barcelona

347

Abstract

Si el menor no tiene madurez para consentir tratamientos e intervenciones médicas, lo harán sus representantes legales por lo que decae aquí el deber de secreto médico en relación a padres o tutor mientras que, cuando el menor tiene capacidad para consentir, deberá respetarse, como norma general, la confidencialidad. Especialmente polémica es esta cuestión en relación a la interrupción voluntaria del embarazo de una menor pues la legislación sanitaria parece exigir la mayoría de edad para consentir por lo que los representantes deberían ser informados siempre del embarazo para consentir o no el aborto. En este trabajo se presentan argumentos para interpretar de forma flexible esta previsión de forma que en determinados casos la menor pueda consentir por sí misma el aborto y tenga la posibilidad de exigir confidencialidad al personal sanitario.

Sumario

- 1. Planteamiento de la cuestión**
- 2. La prestación del consentimiento informado cuando el paciente es un menor de edad y su relación con la confidencialidad médica: cuestiones generales**
 - 2.1. El menor sin capacidad natural**
 - 2.2. El menor con capacidad natural**
- 3. La relación entre la prestación del consentimiento y la confidencialidad de la decisión**
 - 3.1. Cuestiones generales**
 - 3.2. La confidencialidad del embarazo de una menor de edad**
- 4. Conclusiones**
- 5. Bibliografía**

1. Planteamiento de la cuestión

La reciente suspensión cautelar de varios artículos del Código Deontológico catalán por el Juzgado contencioso-administrativo nº 12 de Barcelona (*El Periódico*, 17 de septiembre de 2005) y el fallo de la justicia británica a favor del derecho de una menor a abortar sin el conocimiento de sus padres (caso *Sue Axon v. The Secretary of State for Health, The Family Planning Association*, 23 January 2006, [2006] EWHC 37 (Admin.)) han puesto de relieve un conflicto no completamente resuelto en nuestro ordenamiento con relación a la prestación del consentimiento informado a la interrupción del embarazo por la menor, el respeto a su intimidad y su compatibilización con el correcto ejercicio de la patria potestad.

Así, la sentencia *Sue Axon v. The Secretary of State for Health*, [2006] EWHC 37 (Admin.) resuelve un caso en el que se planteaba si una menor podía decidir por sí misma, sin que el médico deba informar a sus representantes, en relación con medidas anticonceptivas, enfermedades de transmisión sexual e interrupción del embarazo. El Tribunal hace suyos los argumentos de una sentencia dictada veinte años antes, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] 1 AC 112 ("*Gillick*"), y afirma que el personal sanitario tiene la obligación de proveer asesoramiento y tratamiento médico a menores, sin informar ni pedir el consentimiento de sus representantes, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) que la menor, pese a tener menos de 16 años, tenga madurez suficiente para entender todas las consecuencias del tratamiento,
- b) que el personal sanitario no pueda persuadir a la menor para que informe a sus padres de que está siguiendo dicho tratamiento o, en su caso, permita al médico informarles,
- c) que sea muy probable que la menor entable o continúe practicando relaciones sexuales con independencia de su sometimiento o no a algún tipo de tratamiento contraceptivo o contra enfermedades de transmisión sexual,
- d) que, en caso de no someterse al tratamiento, la menor pueda verse afectada en su salud física o psíquica,
- e) que el interés de la menor aconseje la confidencialidad médica.

Por su parte, el art. 33 Código Deontológico del Colegio de Médicos de Cataluña dice que "[E]l metge, en cas de tractar-se un pacient menor d'edat i quan el consideri amb les suficients condicions de maduresa, haurà de respectar la confidencialitat envers els pares o tutors i fer prevaler la voluntat del menor". Ello se concreta en el art. 59, que establece que "[E]l metge no practicarà mai cap interrupció d'embaràs o esterilització sense el consentiment lliure i explícit del pacient, donat després d'una acurada informació, en especial quan aquest sigui menor però amb capacitat per a comprendre allò en què consent. Quan no hi hagi aquesta capacitat, caldrà el consentiment de les persones vinculades responsables".

En realidad, el Código Deontológico no hace más que aplicar lo previsto de forma general en la [Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica](#) (en adelante, [Ley 41/2002](#)) y, en el ámbito

autonómico catalán, en la [Llei 21/2000, 29 de desembre, sobre drets d'informació concernent a la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica](#) (en adelante, [Llei 21/2000](#)). Ambas Leyes prevén que el menor preste por sí mismo el consentimiento informado a tratamientos e intervenciones médicas cuando tenga suficiente madurez. Sin embargo, también establecen, al menos en apariencia, que el menor no podrá consentir por sí mismo la interrupción del embarazo, por lo que deberán intervenir y, por tanto, ser informados, los representantes legales. Es aquí donde encontramos el origen del conflicto.

Un aspecto de la cuestión que merece ser puesto de relieve es la relación existente entre la prestación del consentimiento informado y la confidencialidad con relación a padres y tutores cuando el paciente es menor de edad. En efecto, la confidencialidad va a depender, en buena medida, de la posibilidad o no de que el menor preste por sí mismo el consentimiento informado al tratamiento o intervención médica. Si el menor no puede decidir sobre el tratamiento por carecer de madurez suficiente, necesariamente, salvo casos de urgencia en que ello no sea posible, se deberá informar a los padres o tutor para que puedan decidir en interés del menor. En este caso, el personal médico quedaría relevado del deber de secreto. Más problemático es el supuesto en que el menor tiene capacidad natural suficiente para prestar por sí mismo el consentimiento informado pero está sometido todavía a la potestad de los padres o a la tutela.

2. La prestación del consentimiento informado cuando el paciente es un menor de edad y su relación con la confidencialidad médica: cuestiones generales

El art. 6.2 del [Convenio de 4 de abril de 1997, ratificado por Instrumento de 23 de julio de 1999, para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respeto a las aplicaciones de la biología y medicina](#), hecho en Oviedo el 4.4.1996 (BOE nº 251, de 20.10.1999) (en adelante, Convenio de Oviedo) establece: “Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar 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. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.”

El Informe Explicativo del Convenio de Oviedo dice, en su punto 45, “[T]al como se ha indicado antes, los párrafos segundo y tercero prescriben que cuando un menor (párrafo 2) o un adulto (párrafo 3) no tienen capacidad para consentir a una intervención, ésta debe ser realizada con el consentimiento de los padres que tengan la custodia del menor, su representante legal o la persona o institución designados por la Ley. Sin embargo, en la medida en que sea posible, y con el ánimo de preservar la autonomía de las personas en las intervenciones que afectan a su salud, la segunda parte del párrafo segundo establece que la opinión de los menores debe considerarse un factor tanto más determinante cuanto mayor sea su edad y capacidad de discernimiento. Esto significa que en ciertas situaciones, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de la intervención así como la edad del menor y su capacidad para entender, la opinión del menor debe adquirir progresivamente más peso en la decisión final. Esto podría llevar a la conclusión de

que el consentimiento del menor debe ser necesario o, al menos suficiente, para algunas intervenciones (...)."

El art. 9.3 c) [Ley 41/2002](#) dice que se otorgará el consentimiento informado por representación "[C]uando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente".

El art. 7.2 d) [Llei 21/2000](#) establece que "[E]n el cas de menors, si aquests no són competents, ni intel·lectual ni emocionalment, per a comprendre l'abast de la intervenció sobre la pròpia salut, el consentiment l'ha de donar el representant del menor, havent escoltat, en tot cas, la seva opinió si és major de dotze anys. En la resta de casos, i especialment en casos de menors emancipats i adolescents de més de setze anys, el menor ha donar personalment el seu consentiment".

De ello se deduce que, cuando el menor tenga suficiente madurez, deberá prestar por sí mismo el consentimiento informado a tratamientos e intervenciones médicas. Es decir, la ley establece, como criterio de actuación del menor en el ámbito médico, la existencia de suficiente madurez, y así lo ha entendido también, de forma mayoritaria, la doctrina (SANCHO GARGALLO, 2004, p. 20; SÁNCHEZ CARO Y SÁNCHEZ CARO, 1998, p. 268; LÓPEZ FRÍAS, 1999, p. 300; GALÁN CORTÉS, 1997, p. 33; BUENO ARÚS, 1989, p. 170).

En realidad, la legislación sanitaria no hace más que concretar en el ámbito médico lo que ya establecen con carácter general los arts. 162.2 [Código Civil](#) (en adelante, CC) y 155.2 [Código de Familia](#) (en adelante, CF). En efecto, el art. 162.2 CC establece que se exceptúan de la representación legal de los padres "[L]os actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con la Leyes y con sus condiciones madurez, puede realizar por sí mismo". El art. 155.2 a) y b) CF exceptúa de la representación legal "[E]ls actes relatius als drets de la personalitat, llevat que les lleis que els regulin ho disposin altrament" y "[E]ls actes que, de conformitat amb les lleis i segons l'edat i la capacitat natural, pugui fer el fill o filla per sí mateix". Es decir, el menor podrá ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad cuando tenga suficiente madurez pues, en este caso, queda excluida la representación legal. En consecuencia, también podrá prestar el consentimiento informado a tratamientos e intervenciones médicas cuando tenga capacidad natural en la medida en que éste es una manifestación del derecho a la integridad física, a la vida, a la libertad individual, etc. Cuando no tengan capacidad natural, deberán intervenir los padres o el tutor, más como cumplimiento del deber de velar por el menor que en ejercicio de la representación legal.

2.1. El menor sin capacidad natural

Cuando el menor no tiene capacidad natural, no puede prestar por sí mismo el consentimiento informado a tratamientos e intervenciones médicas, por lo que serán sus padres o tutor quienes lo harán en ejercicio de su deber de velar por el menor.

Por ello, los representantes no tendrán libertad absoluta para decidir prestar o no el consentimiento informado sino que deberán actuar en aras a la consecución del libre desarrollo de la personalidad del menor, la protección de sus derechos de la personalidad y la garantía de su bienestar, esto es, deberán actuar conforme al interés del menor, coincida ello o no con sus convicciones personales (arts. 147, 207, 133.1 y 167.1 CF; 154 y 216 CC; y 17.1 y 2 [Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels infants i els adolescents](#); en adelante [Llei 8/1995](#)). En efecto, si los padres o el tutor priman sus posiciones ideológicas o religiosas por encima del interés del menor, el personal sanitario deberá poner en conocimiento de la autoridad judicial esta situación para que sea el juez quien decida sobre el tratamiento del menor o, incluso, podrá actuar conforme a criterios médicos, exclusivamente, en los casos en que la urgente necesidad de la intervención lo requiera. Así se desprende del art. 134.1 CF, que establece que “[L]’autoritat judicial, d’ofici i en qualsevol procediment, pot adoptar les mesures que consideri oportunes per a evitar qualsevol perjudici a la persona del fills”; del art. 9.2 b) [Ley 41/2002](#), que permite prescindir del consentimiento informado “[C]uando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”; y del art. 7.1 b) [Llei 21/2000](#), que excepciona la necesidad de conseguir el consentimiento informado “[Q]uan en una situació de risc immediat greu per a la integritat física o psíquica del malalt no és possible aconseguir l’autorització d’aquest o dels seus familiars o de les persones que hi estan vinculades”. Cuando las circunstancias lo aconsejen, también puede ser de utilidad el nombramiento de un defensor judicial con base en los arts. 157 y 247 CF o 163 y 299.1 CC.

Por otra parte, los representantes deben oír al menor de edad antes de decidir acerca del consentimiento informado a un tratamiento o intervención médica que le concierna. En efecto, los padres deberán escuchar al menor, siempre, a partir de los doce años, y también antes si tiene suficiente madurez para entablar una conversación coherente sobre el tema, pues el hecho de que no tenga capacidad para consentir no significa que no la tenga para opinar (arts. 133.2 CF; 9 [Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor](#) (en adelante, [LO 1/1996](#)); 7.2 d) [Llei 21/2000](#); y 9.3 c) [Ley 41/2002](#)).

Además, que el menor no tenga madurez para consentir no implica que no la tenga para ser informado acerca de su situación médica de forma adecuada a sus posibilidades de comprensión (arts. 4.2 y 5.2 [Ley 41/2002](#); 2.2 y 3.2 [Llei 21/2000](#); y 5.1 [LO 1/1996](#)).

Por todo ello, debe concluirse que, para que el interés del menor quede protegido a través de la actuación de sus padres o tutor en ejercicio de los deberes derivados de su potestad, es imprescindible que el personal sanitario informe al paciente, esto es, al menor, de forma adecuada a su desarrollo, pues es éste, y no sus representantes, el titular del derecho a la

información (arts. 5.1 [Ley 41/2002](#) y 3.1 [Llei 21/2000](#)). Sin embargo, en la medida en que el menor no tiene capacidad para decidir acerca de su salud, se deberá informar también a los padres o al tutor, para que sean ellos quienes decidan (arts. 5.3 [Ley 41/2002](#); y 3.2 y 3 [Llei 21/2000](#)). No hay duda, por tanto, de que en este caso la confidencialidad decae en aras a la protección del interés del menor.

2.2. El menor con capacidad natural

Cuando el menor de edad tiene capacidad natural, deberá prestar por sí mismo el consentimiento a tratamientos e intervenciones médicas, por lo que quedará desplazada la actuación de los representantes legales.

Ello plantea algunas cuestiones. La primera es cuándo se puede afirmar que el menor tiene madurez suficiente para consentir tratamientos e intervenciones médicas. El art. 7.2 d) [Llei 21/2000](#) dice que, en el caso de los menores, “(...) si aquests no són competents ni intel·lectualment ni emocionalment, per a comprendre l’abast de la seva intervenció sobre la pròpia salut, el consentiment l’ha de donar el representant del menor, havent escoltat, en tot cas, la seva opinió si és major de dotze anys. En la resta de casos, i especialment en casos de menors emancipats i adolescents de més de setze anys, el menor ha de donar personalment el seu consentiment”. En similares términos se manifiesta el art. 9.3 c) [Ley 41/2002](#) cuando dice que se prestará el consentimiento por los representantes legales “[C]uando el paciente menor de edad no sea capaz ni 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 más de 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 (...)”.

Por tanto, de la lectura de los artículos precedentes se deduce un criterio objetivo de determinación de la existencia de capacidad natural como es el de tener dieciséis años cumplidos. En efecto, el menor de edad emancipado o con dieciséis años deberá prestar por sí mismo el consentimiento informado, pues la Ley presume su capacidad natural para ello, lo cual, por otra parte, no significa que no pueda probarse lo contrario, como sucede con el paciente mayor de edad. Además, la Ley habla de menor emancipado, de lo cual deducimos que el menor emancipado por matrimonio podría tener capacidad para consentir desde los catorce años.

Por debajo de los dieciséis años, la Ley deja la puerta abierta a la determinación de la existencia de madurez o no en cada caso concreto. Para el análisis de tal cuestión, será relevante comprobar la aptitud del menor para entender los riesgos y beneficios del tratamiento o de la intervención, es decir, la comprensión de los elementos esenciales en el proceso de decisión (así, SANTOS MORÓN, 2000, p. 75). Además, se deberá tener en cuenta, lógicamente, la mayor o menor gravedad del tratamiento e intervención, pues no es lo mismo prestar el consentimiento a la administración de una vacuna que a una intervención a corazón abierto.

Se deben abandonar, definitivamente, las reticencias a aceptar que un menor de edad puede tener madurez para prestar el consentimiento informado por sí mismo antes de los dieciséis años. Piénsese que el art. 7.3 a) [Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos](#) (en adelante, [RD 223/2004](#)), exige el consentimiento de los representantes y la comunicación al Ministerio Fiscal, pero también el consentimiento del menor que se someta al ensayo si tiene doce años o más en un claro reconocimiento de su capacidad, sin perjuicio, dados los riesgos inherentes a todo ensayo clínico, de exigir otras garantías. Por ello, debe ser aceptado que el menor tenga, por debajo de los dieciséis años, madurez para consentir tratamientos e intervenciones de mucha menos gravedad que un ensayo clínico, como podría ser la prescripción de un tratamiento farmacológico, la realización de vendajes, la administración de una vacuna antitetánica, etc.

Por otra parte, el paciente menor ha de tomar la decisión de forma libre y consciente, sin presiones o condicionamientos externos que le impidan prestar un consentimiento auténtico (SÁNCHEZ CARO Y SÁNCHEZ CARO, 1998, p. 266).

Además, según establecen los arts. 4-6 [Ley 41/2002](#), 2-3 [Llei 21/2000](#), 5.1 [LO 1/1996](#), 11.1 [Llei 8/1995](#) y 10.2 [Convenio de Oviedo](#), el menor debe recibir información adecuada a su desarrollo intelectual de forma que le resulte clara y comprensible.

Asimismo, se ha apuntado, como criterio de determinación de la existencia de capacidad, la razonabilidad o no de la decisión adoptada por el menor (SANTOS MORÓN, 2000, p. 75).

En definitiva, el menor de menos de dieciséis años puede no tener madurez para consentir una operación de corazón, pero sí tenerla para prestar el consentimiento a tratamientos que revistan poca gravedad o riesgo, como tratamientos farmacológicos contra el acné, el vendaje de un esguince, administración de vacunas, la realización de radiografías, la exploración general, un análisis de sangre, una revisión ginecológica, etc. Y, en este sentido, ya avanzamos aquí que no creemos que la interrupción del embarazo, practicado con todas las garantías sanitarias exigidas, revista hoy ningún riesgo para la menor, como tampoco lo reviste, como regla general, la continuación del embarazo.

3. La relación entre la prestación del consentimiento y la confidencialidad de la decisión

3.1. Cuestiones generales

Es evidente que el menor de edad es titular del derecho a la intimidad que se manifiesta en el ámbito sanitario, en la necesidad de guardar secreto médico en aras a la protección de la confidencialidad entre médico y paciente (art. 18 CE; 7.16 y 17 [Ley 41/2002](#), 5 [Llei 21/2000](#), 10 [Convenio de Oviedo](#) y 199 [Código Penal](#)).

El menor, en tanto que paciente, es titular del derecho a la información médica y está protegido por el deber de confidencialidad. Ahora bien, es evidente que el deber de secreto médico tiene unas particularidades especiales con relación al menor de edad en la medida en que, debido a las limitaciones en su capacidad, está sometido a la patria potestad de los padres o a la tutela.

En efecto, la confidencialidad de la situación médica del menor está íntimamente relacionada con su capacidad natural para consentir o no tratamientos e intervenciones. Cuando el menor no tiene capacidad para consentir, deberán intervenir necesariamente sus padres o tutor en aras a proteger sus bienes jurídicos de la personalidad, de manera que el deber de confidencialidad decae en beneficio del interés del menor. Para que los representantes presten o no el consentimiento informado será preciso, lógicamente, que sean exhaustivamente informados de la situación médica del menor de edad.

El problema se plantea cuando el menor de edad tiene madurez suficiente para consentir por sí mismo el tratamiento o intervención pues, aunque la intervención de los representantes no es preceptiva en este caso, en aras a la prestación del consentimiento informado, éstos continúan siendo titulares de la patria potestad o la tutela, de manera que no pueden ejercer correctamente su deber de velar por menor y proteger su interés si no tienen conocimiento de la situación médica en la que se encuentra.

Para esclarecer tal cuestión, se deben estudiar los supuestos en los que, con carácter general, decae el deber de secreto médico pues son también aplicables al menor; pero, más especialmente, se debe analizar cómo compatibilizar con carácter general el derecho del menor al respeto a su intimidad y el deber de los padres o tutor a velar por el menor.

El art. 5 [Ley 41/2002](#) dice que el titular del derecho a la información es el paciente, esto es, en nuestro caso, el menor, y añade que también “(...) serán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”. En un sentido similar se pronuncia el art. 3.1 [Llei 21/2000](#).

Cuando la situación médica del paciente puede perjudicar a un tercero si no se le informa convenientemente de ésta, el médico queda relevado del deber de secreto en aras a la protección del derecho del tercero (así lo afirman SEUBA TORREBLANCA Y RAMOS GONZÁLEZ, 2003, p. 9, donde sostienen que “[R]azones de ética profesional de prevención de riesgos para la salud de terceras personas permiten defender la posibilidad de que el médico revele la información al tercero interesado, a pesar de su prohibición expresa de que la información llegue a conocimiento de ese tercero. De lo contrario el profesional médico podría llegar a responder, junto con el paciente, por los daños sufridos por los terceros que, de haber sido informados, hubieran evitado el daño”. En un sentido similar se pronuncia el art. 32 d) Código Deontológico de Médicos de Cataluña, que permite informar al tercero con discreción si “(...) con el silencio se presumiera un muy probable perjuicio para el paciente, para otras personas o un perjuicio colectivo”, así como RUÍZ GARCÍA, 2005 p. 28). Por tanto, cuando el paciente comunica al tercero la situación que le puede perjudicar, el médico debe guardar silencio; pero, en caso contrario, el médico deberá

tratar de persuadir al paciente de la necesidad de informar al tercero y, si no lo consigue, hacerlo él mismo.

Además, el médico podrá informar a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho al paciente cuando éste carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico (art. 5 [Ley 41/2002](#) y 3.3 [Llei 21/2000](#)). En concreto, el art. 5 [Ley 41/2002](#) establece, con relación a los pacientes menores de edad, que se les informará de acuerdo con sus posibilidades de comprensión y se informará, también, a sus representantes legales.

Por otra parte, el art. 9.3 c) [Ley 41/2002](#) dice que, cuando el menor no tiene madurez, prestarán el consentimiento informado sus representantes y que lo hará él mismo cuando tenga capacidad natural y, en todo caso, si está emancipado o tiene más de dieciséis años. Pero añade un significativo matiz al final del párrafo, que dice “[S]in embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. No existe un precepto equivalente en la [Llei 21/2000](#) pero se debe considerar aplicable siempre, no sólo porque la Disposición Adicional Primera califica la [Ley 41/2002](#) como legislación básica de conformidad con el art. 149.1.1 y 149.1.16 a) CE, sino también porque tal hecho deriva, al menos con relación a menores no emancipados, del deber de los padres y del tutor de velar por el menor.

Esta previsión legal ha sido criticada por la doctrina por entender que atenta contra el derecho del menor con madurez suficiente a tomar decisiones por sí mismo en el ámbito médico (SEUBA TORREBLANCA Y RAMOS GONZÁLEZ, 2003, p. 12). Sin embargo, hay que decir que, como ha quedado expuesto, la razonabilidad de la decisión del menor es un criterio que permite determinar la existencia de madurez o no en el menor para prestar el consentimiento informado. Además, la capacidad del menor se debe interpretar de la forma más amplia posible, siempre y cuando ello no actúe en detrimento del propio interés del menor. Por tanto, la posibilidad de intervención de los representantes legales cuando el menor tiene capacidad natural se debe interpretar de forma razonable para que cumpla la función que pretende el legislador, sin que desvirtúe el derecho del paciente menor a tomar sus propias decisiones en el ámbito médico sin que intervengan sus padres o tutor.

Aunque la relación entre confidencialidad y ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad y la tutela puede ser conflictiva, lo habitual es que el menor que tiene capacidad para prestar el consentimiento informado permita, expresa o tácitamente, que se informe a los padres o tutor, de manera que la información al paciente y a sus representantes se simultanee con plena naturalidad, según dispone el art. 5.1 [Ley 41/2002](#) y el art. 3.1 [Llei 21/2000](#).

El problema se presenta cuando el menor con suficiente madurez para consentir el tratamiento o intervención se opone expresamente a que se comunique su situación médica a sus representantes, exigiendo respeto a su derecho al secreto médico. Se debe tener en cuenta aquí que, al margen de la abundante normativa que avala el derecho del menor de edad a la intimidad en el ámbito médico, el no respeto a la confidencialidad entre médico y paciente menor de forma

sistemática puede llevar a situaciones perjudiciales para éste, que se puede mostrar reticente a acudir a un profesional de la medicina o a revelarle toda la información necesaria para el tratamiento por temor a que éste informe a sus padres o tutor. Piénsese en el menor que no pregunta acerca de medidas anticonceptivas, no menciona la práctica de relaciones sexuales, o no acude al médico para comunicar o confirmar un embarazo por temor a que una de estas situaciones pertenecientes a su vida privada sea revelada a sus representantes. El objetivo último es la protección de los bienes jurídicos de la personalidad del menor y el respeto a la confidencialidad entre el médico y el paciente menor de edad puede ser una vía para conseguirlo. Por ello, con relación al menor con capacidad para consentir, la regla general debe ser la confidencialidad médica cuando así lo exige el menor.

Ahora bien, en determinados casos, precisamente en aras a la protección del menor, es preciso que esa confidencialidad decaiga, debiendo informarse a los representantes legales. Ese es el marco en que cobra sentido el art. 9.3 c) [Ley 41/2002](#). En efecto, cuando el menor tenga madurez suficiente para prestar el consentimiento informado pero actúe de forma que ponga en grave riesgo su salud, el médico deberá informar a los representantes legales aunque el menor se haya opuesto de forma expresa a ello. El fundamento de tal medida es, por una parte, que la actitud del menor puede hacer dudar razonablemente acerca de la existencia real de madurez y, por otra parte, que la progresiva autonomía del menor como respeto de su personalidad y como mecanismo para fomentar su formación como persona tiene el límite de la protección de sus derechos fundamentales a través, entre otras vías, del ejercicio de la potestad de los padres o el tutor. Así, si un menor de edad acude al psicólogo del Instituto o a la consulta de un psicólogo o de un psiquiatra para superar una situación emocional conflictiva, y pide confidencialidad al profesional, éste deberá respetar la voluntad del menor. Pero si este mismo profesional diagnostica una enfermedad psíquica grave que requiere de tratamiento farmacológico y observa que el menor, no sólo no lo sigue sino que fomenta, con su conducta, la agravación de la enfermedad, el médico deberá informar a los padres o tutor en aras a la protección del interés del menor. De hecho, el art. 5.3 [Ley 41/2002](#) dice que “[C]uando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad natural para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. En términos similares se pronuncia el art. 7.2 a) [Llei 21/2000](#). Por tanto, la confidencialidad decae cuando el menor no tenga capacidad natural, de manera que el médico puede informar, en este caso, a los representantes.

3.2. La confidencialidad del embarazo de una menor de edad

El art. 3 Código Deontológico del Colegio de Médicos de Cataluña dice que “[E]l metge, en cas de tractar un pacient menor d’edat i quan el consideri amb les suficients condicions de maduresa, haurà de respectar la confidencialitat envers els pares o tutors i fer prevaler la voluntat del menor” y el art. 59 de dicho Código añade, con relación al embarazo de la menor, que “[E]l metge no practicarà mai cap interrupció d’embaràs o esterilització sense el consentiment lliure i explícit del pacient, donat després d’una acurada informació, en especial quan aquest sigui menor, però amb capacitat per a comprendre allò en què consent. Quan no hi hagi aquesta capacitat caldrà el consentiment de les persones vinculades responsables”. Por tanto, deducimos, de la literalidad

del Código Deontológico del Colegio de Médicos de Cataluña, que la menor con capacidad suficiente deberá consentir por sí misma la interrupción del embarazo debiéndose respetar en su caso el secreto médico. En cambio, cuando la menor no tenga madurez suficiente para consentir deberán hacerlo, en su caso, los representantes, decayendo, en este caso, lógicamente, la confidencialidad.

Por tanto, el Código Deontológico no hace más que seguir la regla general de la capacidad natural que establecen los arts. 9.3 c) [Ley 41/2002](#) y 7.2 [Llei 21/2000](#) como criterio para prestar el consentimiento informado. Cuando el menor tiene capacidad natural, cosa que se presume siempre en el menor emancipado o mayor de dieciséis años, deberá prestar por sí mismo el consentimiento informado, sin que éste se pueda prestar por representación. Por ello, se deberá respetar la confidencialidad médico-paciente si así lo solicita el menor, salvo que éste ponga en grave riesgo su salud, supuesto en que decae la confidencialidad y se podrá informar a los padres o al tutor. Creemos que, aunque la [Ley 41/2002](#) habla de informar únicamente a los padres, esta afirmación debe hacerse extensiva a los tutores por la similitud de las potestades y porque el precepto se refiere anteriormente a los representantes, por lo que la referencia a los padres y no al tutor parece más un descuido del legislador que una voluntad de omisión. En cualquier caso, se debe hacer notar que el precepto establece la posibilidad de informar a los representantes, lo cual no significa que automáticamente éstos deban decidir, sino simplemente que serán informados para que puedan manifestar su opinión y orientar al menor. En caso de desacuerdo, se podría acudir a la autoridad judicial para que resolviera en interés del menor.

El problema con relación a la previsión del Código Deontológico es que tanto la Ley sanitaria estatal como la catalana establecen una regla especial respecto de la interrupción del embarazo, aparentemente más restrictiva respecto de su capacidad para prestar el consentimiento. El art. 9.4 [Ley 41/2002](#) dice que “[L]a interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”. En términos similares el art. 7.2 d) *in fine* [Llei 21/2000](#) dice que “(...) en els supòsits legals d’interrupció voluntària de l’embaràs, d’assaigs clínics i de pràctica de tècniques de reproducció humana assistida, cal atènyer-se al que estableix amb caràcter general la legislació civil sobre majoria d’edat i si s’escau, la normativa específica que hi sigui aplicable”.

Esta previsión ha sido criticada por la doctrina. Con relación a la técnica de la reproducción asistida, la [Ley 35/1988, de 2 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida](#), modificada por la [Ley 45/2003, de 21 de noviembre](#), exige la mayoría de edad, en sus arts. 2.1 b), 5.6 y 6.1, para prestar el consentimiento en este caso. En materia de ensayos clínicos se exige el consentimiento del menor, siempre que tenga doce años cumplidos, además del consentimiento de sus representantes legales y la comunicación al Ministerio Fiscal. Respecto de la interrupción del embarazo suscribimos aquí a SEUBA TORREBLANCA Y RAMOS GONZÁLEZ (2003, p. 13), cuando afirman que “(...) el requisito de la mayoría de edad en los casos de interrupción voluntaria del embarazo nos parece totalmente erróneo por el estado actual de la legislación: ni los arts. 144-146 [Código Penal](#) lo exigen, ni de la legislación sobre capacidad de los menores y emancipados se

deriva de ello, a no ser que se entienda que el referido art. 9.4 introduce –de forma totalmente inesperada– una reforma sobre la capacidad de los menores y los emancipados” (también critica el precepto de la Ley catalana SOLÉ I RESINA, 2003, p. 334-335).

Con relación a lo establecido con carácter general en la legislación civil sobre mayoría de edad, se establece que, con dicha mayoría de edad, se adquiere plena capacidad de obrar y que, durante la minoría, esta capacidad está limitada, lo cual no impide que el menor que tenga capacidad natural pueda ejercer válidamente algunos derechos. Así, el menor con madurez suficiente puede ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad, según se desprende del art. 162 CC y del art. 155.2 CF.

Por otra parte, la legislación penal no exige la mayoría de edad para consentir el aborto sino que habla simplemente del consentimiento de la embarazada sin exigir ningún requisito con relación a su edad (art. 417 bis [Código Penal](#); y art. 4.1 [Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo](#), en adelante, [RD 2409/1986](#)). Ello ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de que la menor deberá consentir el aborto por sí misma, siempre que tenga capacidad natural (SANTOS MORÓN, 2000, p. 165; PÉREZ DEL VALLE, 1999, p. 335).

Además, el art. 2.2 [LO 1/1996](#) establece que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se deben interpretar de forma restrictiva. Por ello, dado que la legislación penal no exige la mayoría de edad para consentir la interrupción voluntaria del embarazo y, puesto que la legislación civil general sobre capacidad hace referencia a la capacidad natural como criterio suficiente para ejercer los derechos de la personalidad, creemos que debería concluirse que la menor de edad con madurez suficiente, la cual se presume a partir de los dieciséis años pero puede existir antes, podrá consentir por sí misma la interrupción del embarazo.

Hay que añadir que, si la legislación sobre ensayos clínicos considera que el menor con doce años cumplidos tiene madurez para consentir, con independencia de que se exijan otras garantías, con mayor motivo se debería aceptar que una menor de edad pueda tener madurez para consentir un aborto que no entraña riesgo médico relevante para la embarazada.

A la misma conclusión se debería llegar a tenor de la Exposición de Motivos de la [LO 1/1996](#), que hace una llamada a fomentar la autonomía del menor, y del art. 2.1 de dicha Ley, que dice que los derechos del menor deben interpretarse de la forma más favorable a su interés.

Así, entendemos que el art. 9.4 [Ley 41/2002](#) y el art. 7.2 [Llei 21/2000](#) se debería interpretar en el sentido de que la menor podrá consentir por sí misma la interrupción del embarazo a partir de los dieciséis años o antes si tiene suficiente madurez y, por supuesto, siempre que esté emancipada, a pesar de que la confusa redacción de los citados preceptos pueda hacer pensar otra cosa. Y en el sentido de la interpretación propuesta se manifiesta el punto 59 del Código Deontológico del Colegio de Médicos de Cataluña, que entendemos mucho más acorde con la legislación vigente que la aparente literalidad de los artículos comentados.

Por ello, partiendo de esta interpretación, deberíamos entender que, cuando la menor no tenga capacidad natural para consentir por sí misma el aborto, el personal sanitario debe comunicar el embarazo a los padres o al tutor para que, teniendo en cuenta el interés del menor y después de haberlo escuchado si tiene más de doce años, o menos, pero suficiente madurez, presten o no el consentimiento. En cualquier caso, sería irrelevante su decisión cuando fuera contraria al interés del menor (piénsese en los padres que, por motivos religiosos, no consienten la interrupción de un embarazo que pone en peligro la salud de la menor), en cuyo caso debería intervenir la autoridad judicial, que podría decidir en interés de la menor o nombrar un defensor judicial.

Cuando la menor tenga madurez suficiente debería ser él, y no sus representantes, quien preste el consentimiento informado a la interrupción del embarazo. Además, se debería respetar la confidencialidad si así lo exige el menor. Ello no significa que, cuando la menor tenga capacidad natural, los padres o el tutor no vayan a saber nunca de la existencia del embarazo y del posible aborto, pues lo habitual será que sea el propio menor quien se lo comente o permita expresa o tácitamente hacerlo al médico. Es más, es aconsejable que el personal sanitario anime a la menor a comentar con sus padres o tutor la situación para reflexionar, en el ámbito familiar, la decisión a tomar. Ahora bien, si la menor se opone expresamente a que sus representantes sean informados, los médicos deberán respetar su opinión como mujer embarazada, como exige el art. 4.2 [RD 2409/1986](#) (ROMEO MALANDA, 2000, p. 1460).

Ahora bien, existe un supuesto en que, en nuestra opinión, el deber de respetar la confidencialidad decae y es aquél en que, a pesar de tener capacidad para consentir, el menor actúa de forma que pone en grave riesgo su salud. Así sucedería cuando la menor decide no interrumpir un embarazo que puede agravar su situación médica (existencia de un tumor maligno, embarazo múltiple en una menor poco desarrollada físicamente, hemorragia que hace temer por la vida de la madre si no se interrumpe el embarazo, etc.). En este caso, los médicos deberían informar a los representantes legales de la menor para que intervinieran en la decisión actuando en interés de la menor. En caso de desacuerdo entre los padres o tutor y la menor, debería decidir el juez en interés de ésta.

En el caso de que los médicos comunicasen el embarazo a los representantes y éstos no actuaran conforme al interés del menor, por ejemplo, apoyando la decisión de la menor que por convicciones religiosas decide no interrumpir un embarazo que pone en peligro su vida, se podría acudir a la autoridad judicial para que decidiera en beneficio de la menor y, en caso de urgencia, intervenir sin el consentimiento necesario, como se haría en el caso de una mayor de edad (por ejemplo, una hemorragia severa que obliga a sacrificar la vida del feto en favor de la de la madre).

Por último, quizás también deberíamos plantearnos la situación de un embarazo con malformaciones graves del feto que la menor se niega a interrumpir. Cabe pensar aquí que la situación excepcional de tal embarazo sobrepasa la capacidad de la menor, por lo que estaría

justificado comunicar el embarazo a los padres para que orientaran a la menor sobre cómo enfocar el tema.

4. Conclusiones

Creemos que la aparente exigencia de mayoría de edad para consentir la interrupción del embarazo se debe interpretar de forma más flexible e integrada con el resto de normas vigentes. Todo ello sin perjuicio de que sea conveniente que el legislador elimine la redacción confusa y poco afortunada de la normativa sanitaria vigente.

Para ello entendemos que se debería interpretar que la menor con dieciséis años cumplidos o menos, pero con madurez suficiente, puede consentir por sí misma la interrupción del embarazo, debiendo respetar los médicos la confidencialidad salvo que la menor ponga en peligro su salud o estemos ante situaciones excepcionales en el feto.

Así, nos parece más acertada la redacción de los arts. 33 y 59 Código Deontológico del Colegio de Médicos de Cataluña porque es más coherente con la legislación civil general sobre capacidad y con la legislación penal especial sobre el aborto. Además, esta parece ser la tendencia en derecho comparado a tenor de la reciente sentencia sobre la confidencialidad del aborto de menores (caso *Sue Axon v. The Secretary of State for Health*, [2006] EWHC 37 (Admin.), anteriormente citado).

5. Bibliografía

Francisco BUENO ARÚS (1989), "El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico y la LGS", *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, tomo I, Madrid, UNED.

César GALÁN CORTÉS (1997), *El consentimiento informado del usuario en los servicios sanitarios*, Madrid, Colex.

M^a Jesús LÓPEZ FRÍAS (1999), "El ejercicio de los derechos personalísimos en los enfermos psíquicos", *Revista de Derecho Privado*, pp. 300 y ss.

Carlos PÉREZ DEL VALLE (1999), *Comentarios al Código Penal* (dirigido por Manuel COBO DEL ROSAL), Tomo V, Madrid, Edersa.

Sergio ROMEO MALANDA (2000), "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario", *La Ley*, n^o 7, D-251.

Juan Antonio RUIZ GARCÍA (2005), "Aspectos jurídicos de la medicina personalizada", *Indret* 2/2005, n^o 286 (www.indret.com).

Ignacio SANCHO GARGALLO (2004), "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado, *Indret* 2/2004, nº 20 (www.indret.com).

Javier SÁNCHEZ CARO y Jesús SÁNCHEZ CARO (1998), *Consentimiento informado y psiquiatría*, Madrid, Maphre.

M^a José SANTOS MORÓN (2000), *Incapacitados derechos de la personalidad. Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Madrid, Escuela Libre Editorial.

Joan Carles SEUBA TORREBLANCA y Sonia RAMOS GONZÁLEZ (2003), "Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica", *Indret* 2/2003, nº 138 (www.indret.com).

Judith SOLÉ I RESINA (2003). "El consentiment informat a la [Llei 21/2000](#), de 29 de desembre, sobre drets d'informació concernent a la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica. Especial referència al consentiment del menor d'edat en els tractaments i intervencions mèdiques", *Boletín Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, nº 109, pp. 324-338.