

redacción médica

Opinión

La contradicción de los dieciséis años como mayoría de la edad sanitaria



Ricardo De Lorenzo, presidente del Bufete De Lorenzo Abogados

POR LEY

Otros artículos de Ricardo De Lorenzo

14 SEPTIEMBRE 2022. 17.40H

En el Resumen Ejecutivo del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de **salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo**, al exponer la motivación de la norma, recoge entre sus aspectos destacables que, “en coherencia con lo expresado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) en sus Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España de 2018, es conveniente **volver a habilitar a las adolescentes de 16 y 17 años, así como a las mujeres con discapacidad, para interrumpir voluntariamente sus embarazos** en los mismos términos que cualquier otra mujer, **sin requerir del consentimiento de sus tutores legales**”.

Las mujeres de 16 a 18 años y las mujeres con discapacidad no estarán, en el texto del Anteproyecto, en consecuencia, **obligadas a solicitar permiso a sus tutores legales para acceder a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, recuperándose de este**

modo la polémica decisión, entonces, del Gobierno de Rodríguez Zapatero, dejada sin efecto por el Gobierno de Mariano Rajoy en 2015. La reforma elimina también el entonces imperativo periodo de reflexión de tres días para la mujer que solicitaba dicha interrupción, una vez concedida la misma, así como la información obligatoria (“el sobre”) que se debía entregar a las mujeres acerca de su situación legal y prestaciones y ayudas a su disposición en su situación.

Este asunto, del consentimiento válido de menores de edad (entre 16 y 18 años) para someterse a una interrupción voluntaria de su embarazo es **un aspecto capital de la nueva norma y debemos dedicarle particular atención jurídica**, desde el análisis de su evolución normativa.

Durante la vigencia de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, se aplicaba la Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente, en su Artículo 9.4, que requería la mayoría de edad de las gestantes para consentir acciones abortivas sobre ellas.

“La 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.”

A la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se aplica el Artículo 3.3 de la misma.

"Este asunto, del consentimiento válido de menores de edad (entre 16 y 18 años) para someterse a una interrupción voluntaria de su embarazo es un aspecto capital de la

nueva norma y debemos dedicarle particular atención jurídica"

“Nadie será discriminado en el acceso a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley por motivos de origen racial o étnico, religión, convicción u opinión, sexo, discapacidad, orientación sexual, edad, estado civil, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Se modificaba, en consecuencia, el Artículo 9.5 de la antes mencionada Ley 41/2002, **dejando fuera de su texto la interrupción voluntaria del embarazo, que ya no se mencionaba entre las acciones que precisan de la mayoría de edad.**

“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.”

De este modo, en el caso de **las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les correspondería 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, con carácter general, de la decisión de la mujer, **si bien se prescindirá de esta información cuando la menor alegue, fundadamente, que esta acción 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.

Por tanto, la modificación contemplada en la Ley Orgánica 2/2010 **impedía a los progenitores y tutores cumplir con la obligación recogida en el Código Civil**, privando a las menores de la protección que el mismo texto legislativo reconoce, de poder contar, en un momento crucial y complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad.

La reforma introducida por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, **suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas**, sin informar siquiera a sus progenitores. De este modo, para la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de edad será preciso, además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad.

Esta Ley de 2015 mencionada introdujo, en su Artículo Segundo, una variación sustancial en el Artículo 9.5 de la Ley 41/2002, que pasó a tener, la siguiente redacción:

“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”

“Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.”

Se trata, como puede verse, en esta **reforma de 2015, de una vuelta atrás, a la exigencia de intervención paterna en la**

decisión de la menor, con carácter general y que el actual Anteproyecto trata de hacer desaparecer y volver al criterio de la Ley de 2010.

Esta vuelta al criterio de reconocimiento de la capacidad decisoria de menores de 16 a 18 años y de mujeres con capacidad modificada es uno de los asuntos de nueva regulación que ha suscitado mayor controversia.

El ordenamiento jurídico reconoce **capacidad para actuar a un individuo cuando considera que entiende y quiere el acto pero que también asume y se responsabiliza de los efectos jurídicos que conlleva**. Pero, de la misma manera que éste permite actuar, también restringe, principalmente porque la persona no tiene la suficiente capacidad natural para llevar a cabo ese mismo acto. De esta manera, la capacidad de obrar se adapta a las condiciones de entendimiento y voluntad de uno mismo, así como a la gravedad de la decisión que se quiera adoptar. Se trata de un análisis del caso concreto. Lo que ocurre es que, en el caso de los menores, **se introduce el límite genérico y objetivo de la edad para evitar la arbitrariedad, proteger la seguridad y el tráfico jurídico**.

Aunque, en realidad, la edad no es más que una presunción "iuris tantum" de capacidad natural.

Nuestro ordenamiento jurídico establece capacidades dispares para las personas en esas aludidas circunstancias. Se encuentra en un espacio temporal en la que son, para unas cosas adultas y para otras aún se las considera niñas. Así **les permite hacer testamento o comparecer ante los tribunales, pero no pueden comprar alcohol o entrar en una sala de bingo**. La contradicción está servida si no se les permiten estas mencionadas acciones, pero sí que se les reconoce, en la nueva Ley, capacidad para interrumpir una vida que llevan en su seno.

"Las contradicciones se encuentran, también, fuera de esta trascendental norma en nuestro ordenamiento sanitario, al seguir sin resolver la determinación de la mayoría de edad sanitaria, inexistente realmente en nuestra normativa jurídica"

En la normativa sanitaria española se reconocen los 16 años como presunción de capacidad decisoria, referida a la capacidad de derecho, es decir, al reconocimiento legal de las aptitudes de una persona, para actuaciones sobre el menor, pero no como mayoría de edad sanitaria, y así la Ley 41/2002, en la redacción actual de su Artículo 9 establece que:

"4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación."

"No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo."

"Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil."

Esta especial limitación, introducida por la Ley Orgánica 11/2015,

de 21 de septiembre, **desaparece con el nuevo texto, que reconoce la capacidad completa para la interrupción voluntaria del embarazo desde los 16 años**, a pesar de que el propio texto legal declara que cuando se trate de una **actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo**. Es evidente que la situación de gravidez dirigida al aborto puede considerarse de grave riesgo para la vida y salud y aquí se suscita una controversia entre los expertos.

No obstante, **las contradicciones se encuentran, también, fuera de esta trascendental norma en nuestro ordenamiento sanitario**, al seguir sin resolver **la determinación de la mayoría de edad sanitaria, inexistente realmente en nuestra normativa jurídica** como ya he indicado, y que sigue generando equívocos incluso al más alto nivel de representación política e incluso jurídica, al afirmarse de forma descontextualizada, que la mayoría de edad sanitaria es en España la de 16 años, lo que constituye un error técnico-jurídico, toda vez que la mayoría de edad civil (a partir de los 18 años), es coincidente con la plena mayoría de edad sanitaria, a diferencia de lo que ocurre en Francia donde “la mayoría médica”, suele fijarse por la doctrina en los 15 años de edad, o el Acta sobre Derecho de Familia Inglesa (Family Law Reform Act 1969) fija en su artículo 8 la edad de 16 años para otorgar consentimiento informado pleno.

Además de este artículo, es de citar, por su amplia repercusión en el ámbito doctrinal, la sentencia dictada en 1985 por la Cámara de los Lores en el caso Gillick vs. El departamento de salud de West Norfolk y Wisbech, (3 All ER 402 HL), en la que se declaró **la capacidad de unas adolescentes menores de 16 años para recibir asesoramiento y tratamiento médico anticonceptivo** en función de su **capacidad para comprender el alcance y finalidad de dicho tratamiento**, situando la mayoría de edad sanitaria, en los 16 años distinguiendo además, según las características de la intervención médica.

Estas situaciones no especificadas en la Ley, habían venido resolviéndose por la Sala Primera del Tribunal Supremo”, a partir de la Sentencia nº 565/2009 de 31 de julio, siguiendo el ejemplo de la “Children Act británica de 1985”,(art. 9), **partiendo de la posición del Médico como “garante de la salud e integridad del paciente menor de edad”**, estableciendo una serie de criterios, máximas de experiencia, medios y procedimientos para orientar la determinación de ese interés del menor y paralelamente, su identificación al caso concreto, sentando así la concreción práctica del concepto jurídico de "interés del menor".

Establece como criterios la Sala Primera del Tribunal Supremo, los de “Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas”. A continuación, sigue diciendo la Sentencia citada que, **“Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento”**.

Sin intención evidente de jerarquizar los criterios de determinación del interés superior, con este orden enumerativo el Tribunal **Supremo deja clara la prioridad de satisfacer las necesidades básicas o vitales del menor entre las que cita expresamente su salud**. También queda claro que la necesidad de atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, con ser esencial, se subordina a la compatibilidad de tales deseos, sentimientos y opiniones con las necesidades básicas o vitales del mismo. Es evidente que **si la salud es una de tales necesidades básicas, lo será prioritariamente la vida como presupuesto “sine qua non” de todas las demás**.

Pero aún cabe destacar otros dos criterios importantes del repertorio que proporciona esta doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo: “Consideración particular **merecerán la edad,**

salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse”.

“Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión “en interés del menor” (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio)”.

La identificación del “interés superior del menor” con la protección de su vida y su salud y con la consideración de las consecuencias futuras de toda decisión que le afecte, unida al carácter irreversible de los efectos de ciertas intervenciones médicas o de su omisión en casos de grave riesgo, **llevaban a cuestionar la relevancia de la voluntad expresada por los representantes legales del menor no maduro cuando su contenido entrañara objetivamente grave riesgo.**

Los bienes en conflicto serán de un lado, la vida del paciente menor de edad y en relación con ella, su salud, y de otro, su autonomía y libertad de decisión, sea indirectamente ejercida a través de la representación legal, o sea directamente ejercida cuando se trata de menores emancipados, mayores de 16 años o menores maduros.

De ahí la contradicción de los 16 años para abortar, de forma categórica, sin matices, y fuera del consentimiento de sus representantes legales, en la nueva redacción legal, pero no pedir una cerveza en el bar de enfrente de la clínica de la que sale de practicarse el aborto o acudir a que le hagan un tatuaje en un establecimiento de ese tipo.

La modificación efectuada en su día en los puntos 3, 4 y 5 y los apartados añadidos 6 y 7 al artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, pone de manifiesto una realidad frente a una generalidad y es reconocer que, con independencia de la gravedad

o alcance de la intervención, que el menor de dieciséis años puede ser tan inmaduro como otro de menor edad para valorar el alcance de la intervención, y **los procesos de maduración biológica no son iguales en todas las personas**. Tampoco lo son los procesos de maduración psicosocial, con diferencias según las particularidades de los individuos, a su vez condicionados por las características de las sociedades en las que se desarrollan.