

Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces¹

Pablo de Lora

Universidad Autónoma de Madrid
Facultad de Derecho
Pablo.Delora@uam.es

Resumen

En este trabajo, me propongo hacer una evaluación crítica de algunos aspectos de la Ley 41/2002, relativos al papel del consentimiento de los menores a la hora de practicar una intervención médica sobre ellos. El punto de partida es la defensa del valor central de la autonomía personal —entendida como la capacidad para el juicio racional e independiente— y de la legítima actuación del Estado, por encima de los representantes (padres o tutores), para salvaguardar ciertos bienes —objetivamente considerados— de los menores no capaces. La fundamentación de dicho paternalismo radica en la preservación del soporte (la vida e integridad física) de lo que será ejercicio futuro de la autonomía. En el trabajo, se descartan otras defensas de la consideración de la autonomía del menor maduro (destacadamente el denominado «paternalismo de la voluntad») y se participa de la consagración que de la noción «material» y «gradual» de competencia para el consentimiento informado se ha hecho en la Ley 41/2002 en relación con los menores. Se destacan, sin embargo, algunas incoherencias en la dicha normativa en relación con otras normas del sistema jurídico español, se analiza en particular el supuesto de la interrupción del embarazo.

Palabras clave: menores, incapaces, autonomía personal, paternalismo, perfeccionismo, tratamiento médico, aborto.

Abstract. *Personal autonomy, medical intervention and incompetents*

In this paper I critically assess some aspects of the Ley 41/2002 having to do with the minors' consent as regards to medical treatment. My starting point is the defense of the value of personal autonomy, which I deem nuclear. I understand autonomy as the capability of rational and independent judgment, and I also claim that the State rightly decides in favour of the best interests of incompetents —understood as objective goods— above their parents' or tutors' decision. The reason is that in doing so the State is making possible the future exercise of autonomy, once the minor becomes a competent person. I dismiss other possible justifications as the so called «paternalism of the will». I also defend the notion of «material competence» which is embraced in the Ley 41/2002, although I criticize certain contradictions within the statute as well as between this statute

1. Este trabajo forma parte del proyecto de investigación «Derechos, justicia y globalización» (SEJ 2005-08885/JURI).

and other statutes that are part of Spanish law. In particular, I analyze the case of the abortion when the pregnant woman is incompetent or minor.

Key words: minors, incompetents, autonomy, paternalism, perfectionism, medical treatment, abortion.

Sumario

- | | |
|--|--|
| 1. Introducción | 3. Competencia e incompetencia: la dúctil frontera |
| 2. Autonomía, «interés superior» y proteccionismo renovado | 4. Un caso especial: el aborto de la menor |

He who lets the world,
or his own portion of it,
choose his plan of life for him,
has no need of any other faculty
than the ape-like one of imitation.²

1. Introducción

Un buen número de nuestras instituciones y normas jurídicas rinden tributo al ideal de la autonomía personal. Así sucede específicamente, aunque sólo desde épocas recientes, en el ámbito de la intervención médica. Tanto el artículo 156 del Código Penal como la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente, al igual que las distintas leyes autonómicas equivalentes que han proliferado en los últimos tiempos en España, son manifestación de nuestro compromiso con el respeto a la soberanía de los individuos sobre las cuestiones que les afectan. El tratamiento de la enfermedad es, sin duda, una de las más trascendentales.

Cuando el individuo es soberano para rechazar una terapia, aún a riesgo de perder su vida o su integridad física, se está presuponiendo que la autodeterminación que estos instrumentos jurídicos pretenden salvaguardar se configura como un valor en sí mismo, de carácter formal y abstracto, un valor que se sitúa en un escalón distinto al del resto de valores. Ello significa que la autonomía resulta compatible con cualquier concepción del bien o de la vida buena que el individuo abrace, siempre y cuando esa adopción sea el resultado del ejercicio de su racionalidad e independencia³.

2. MILL, John Stuart (1992 [1859]). «On liberty». En: ACTON, H. B. (ed.). *Utilitarianism, on liberty, considerations on representative government*. Londres: Everymans Library, p. 126.
3. Véase COLOMER, José Luis (2002). «Libertad individual y límites del derecho». En: DÍAZ, Elías; COLOMER, José Luis (eds.). *Estado, justicia y derechos*. Madrid: Alianza, p. 177-209, p. 197; y COLOMER, José Luis (2001). «Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal». *Doxa*, núm. 24, p. 251-296, p. 261.

En efecto, como se ha encargado de recordarnos Silvina Álvarez, en la tradición kantiana a la que reverenciamos cuando exigimos la concurrencia del consentimiento de los sujetos para someterles a un tratamiento terapéutico, el agente autónomo reúne las características de ser *independiente* y *racional*. Y diremos que es independiente cuando su acción no está *completamente determinada* por imposiciones externas (los instintos, o la programación genética o el influjo ambiental), pudiendo en todo caso el agente valorar tales constricciones. De otra parte, el sujeto es racional cuando sus acciones obedecen a sus razones, siendo éstas concebidas como el resultado del establecimiento de relaciones entre ideas mediante la aplicación de reglas de naturaleza lógica⁴. Bajo estos presupuestos, controvertibles por lo demás, respetar la autonomía de la voluntad, con el límite de no infligir daños a terceros, supone que aceptamos las «locuras» de los individuos; esto es, toleramos que vivan y se comporten bajo la influencia de creencias irracionales y absurdas⁵. Por ejemplo, la de negarse a que le sea trasfundida sangre, porque, supuestamente, en el Antiguo Testamento se prohíbe tal cosa⁶; o la de pensar que es posible la curación de una meningitis bacteriana mediante el rezo, porque se considera que la enfermedad y el dolor que experimentamos «[...] no son reales, sino que surgen por nuestra equivocada incompreensión de la auténtica naturaleza espiritual de la realidad»⁷. Aunque a primera vista pudiera resultar chocante, tales sujetos serán juzgados, pese a todo, como seres racionales en la medida en que logren extraer las conclusiones lógicamente derivables de premisas basadas en supercherías, es decir, cuando poseen racionalidad instrumental.

4. Véase (2002) «La autonomía personal». En: DÍAZ, Elías; COLOMER, José Luis (eds.). *Estado, justicia y derechos*. Madrid: Alianza, p. 153-175, p. 154.
5. En ese sentido, señala Ronald Dworkin al defender la que denomina «concepción de la autonomía basada en la integridad»: «Permitimos que alguien escoja morir antes que verse sometido a una amputación radical o a una transfusión de sangre, si ése es su deseo informado, porque reconocemos su derecho a vivir una vida estructurada por sus propios valores. La concepción de la autonomía basada en la integridad no implica que las personas competentes tienen valores consistentes o siempre eligen consistentemente o que siempre viven vidas reflexivas y estructuradas»; véase DWORKIN, Ronald (1993). *Life's dominion. An Argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. Nueva York: Knopf, p. 244 (hay traducción española de Víctor FERRERES y Ricardo CARACCILO: (1994). *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel).
6. En el *Génesis* (9, 4) y en el *Levítico* (17, 11, 12) se lee, respectivamente, «empero la carne con su ánima, que es su sangre, no comeréis [...]» y «porque el alma de la carne en la sangre está, y yo os la he dado para expiar vuestras personas sobre el altar, por lo cual la misma sangre expiará la persona [...] Ninguna persona de vosotros comerá sangre, ni el extranjero, que peregrina entre vosotros, comerá sangre».
7. La cita forma parte del testimonio aportado por Samuel S. Hill en el caso *The People v. Rippberger*, en el que se resolvía la apelación interpuesta por unos padres miembros de la secta de la «ciencia cristiana» que habían sido condenados por «felony child endangerment» en la persona de su hija de ocho meses, a la que no habían procurado atención médica a pesar de los alarmantes síntomas que padecía (la niña murió a causa de una meningitis bacteriana tras doce días de enfermedad); véase 231 Cal. App 3d. 1667, 1678; 283 Cal Rptr. 111 de 5 de julio de 1991.

Si por «independencia», como segundo requisito para el ejercicio de la autonomía personal, estamos entendiendo la facultad de someter a revisión crítica la matriz de las creencias propias, ¿cómo predicar ese carácter «independiente» de la deliberación y del actuar de miembros de grupos tales como los testigos de Jehová o los científicos cristianos, no caracterizados precisamente por la reflexividad o la autocrítica? Para mantener que nos hallamos antes seres «independientes», hemos de pensar que esos individuos conservan, pese a todo, la capacidad de abdicar de los que son los motores de su conducta, esto es, que no son absolutamente inmunes al poder de las mejores razones que les podamos ofrecer, como sí lo son, paradigmáticamente, los animales con los que no podemos en ningún caso deliberar.

El valor de la autonomía así concebido es, qué duda cabe, discutible. Hay quienes, como Joseph Raz, han cuestionado que se pueda rectamente entender que dicho valor no sea en todo caso instrumental, de forma tal que debamos valorar las acciones autónomas en la medida en que supongan la adopción de las *buenas* decisiones o los *buenos* modos de vida, de aquello, en definitiva, que es digno de ser elegido. Sin embargo, y como sintéticamente señala Ronald Dworkin, «[...] es importante tanto que demos con una vida *buen*a, como que la *encontremos* buena»⁸, es decir, el valor de la autonomía será, como mínimo, *contribuyente* al valor de las opciones escogidas; una condición necesaria para la estimación de que nuestras vidas son valiosas⁹.

No es ésta, sin embargo, la discusión en la que me adentraré en lo que sigue. Me interesa simplemente destacar en este momento que el ejercicio de la autonomía es lo propio de seres que cuentan con una vida biográfica y no sólo biológica. Ello explica el sentido y el alcance otorgado a las llamadas «voluntades anticipadas», o instrucciones previas, que vienen a proporcionar una pauta sobre cómo tratar a quien no puede manifestar sus actuales deseos acerca de qué tratamiento médico seguir, a quien en ese momento, y quizá ya para siempre, sólo le reste una vida biológica, pero a quien le pudo importar que se sea fiel al entramado de creencias, disposiciones de conducta, acciones y valores que abrazó durante el tiempo en que sí fue un sujeto competente. Por eso, no consideramos que sea irrelevante cómo tratarle, aunque ahora puede que todo le resulte indiferente. Pensamos que debemos atender a sus instrucciones previas, incluso si eso supone no prolongar su vida (ahora sólo biológica), para, de esa manera, seguir tratándole como el individuo autónomo que fue¹⁰.

8. 1993, p. 206.

9. Sobre todo ello, véase COLOMER, José Luis (2001). «Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal». *Doxa*, núm. 24, p. 251-296, p. 271-272.

10. El alcance que haya que dar a estas voluntades anticipadas no es pacífico. Además de las propias restricciones que establece el artículo 11.3. de la Ley 41/2002 (las directrices no pueden contrariar al ordenamiento jurídico, lo cual implica, entre otras cosas, que no cabe la práctica de formas activas de eutanasia, ni a la *lex artis*), se ha señalado que tales documentos funcionan como un indicio, entre otros posibles, de la voluntad presunta del paciente, y ello por aplicación de una suerte de presunción *in dubio pro vita*; véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2-9-2003). «Los “documentos de instrucciones previas” de los

2. Autonomía, «interés superior» y proteccionismo renovado

Los menores (esos «locos» bajitos, en la célebre expresión de Serrat) y los adultos incapaces de autogobernarse (los «locos» oficiales), no ven, sin embargo, ninguna de sus «locuras» respetadas¹¹. Sobre ellos está justificada la acción paternalista, entendiendo por ésta el ejercicio de la coacción para evitar que el individuo se dañe a sí mismo¹². En el que podríamos llamar «modelo estándar» de la autonomía, los incapaces precisan de un complemento de capacidad, alguien que dé su consentimiento para la intervención médica. De la incapacidad para el consentimiento no se deriva la prohibición de la intervención sobre el incapaz.

Esto, que pudiera resultar una obviedad, no lo es, empero, a la luz de la polémica surgida en España tras la reforma del Código Penal para permitir la esterilización de incapaces (artículo 428 CP). El juez que planteó la cuestión de constitucionalidad que dio pie a la STC 215/1994 argumentaba que, puesto que (1) una intervención corporal como la esterilización requiere el consentimiento del titular y (2) el incapaz no puede consentir, (3) no cabía la esterilización del incapaz. En parecidos términos, y con el expediente de la doctrina de los llamados «actos personalísimos», se pronunciaba uno de los magistrados discrepantes de la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional (José Gabaldón): «La conducta que deja de ser punible y por tanto se legitima *no puede ni siquiera ser consentida por el sujeto pasivo, por ser éste incapaz...* La autorización para intervenir en su integridad corporal supone una sustitución

pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida», *La Ley*, núm. 5840.

11. Patricia R., madre de Chantel R., una mujer de veintiséis años con retraso mental, solicitó ser nombrada su tutora con el poder de decidir la desconexión o interrupción de los eventuales tratamientos de sostén vital que pudieran aplicarse a Chantel. A esa pretensión se oponía el Mental Hygiene Legal Service (MHLS) de Nueva York, con el argumento de que a una persona mentalmente retrasada se le debe permitir tomar decisiones irracionales o no razonadas acerca de su salud o de su vida, de la misma manera que a una persona competente. El juez, sin embargo, considera que «[...] una persona mentalmente retrasada debe ser primero capaz de adoptar una decisión emocional o irracional. Entonces sería libre de tomar decisiones de la misma manera que cualquier otra persona. Las personas con la capacidad de decidir emocional o irracionalmente sobre su tratamiento médico lo hacen sabiendo que se enfrentan a una elección significativa y que cualquier opción dada cuenta con un rango de consecuencias identificables. Si prefieren mantenerse ignorantes sobre su condición médica, su tratamiento y prognosis, lo hacen igualmente como fruto de su elección. Una persona mentalmente retardada que nunca ha tenido capacidad, no tiene esa "elección"; véase *In the matter of the guardianship of Chantel R.*, 791 N. Y. S. 2d 324 (17 de diciembre de 2004), 329.
12. «Las decisiones sobre el cuerpo y la vida del niño —nos dicen dos pediatras en ejercicio— deben hacerse siempre buscando su mayor beneficio, coincida éste o no con el deseo o el criterio del propio sujeto. Por tanto, los conflictos entre beneficencia y autonomía han de resolverse siempre a favor de la primera, aunque ello suponga una lesión de la segunda»; véase CAÑIZO FERNÁNDEZ-ROLDÁN, Agustín del; CAÑIZO LÓPEZ, Agustín del (2005). «El consentimiento informado en asistencia pediátrica». En: GÓMEZ HERAS, José María; VELAYOS CASTELO, Carmen (eds.). *Bioética. Perspectivas emergentes y nuevos problemas*. Madrid: Tecnos, p. 273-285, p. 278.

total de *la voluntad de la persona* que de algún modo la convierte en objeto... Existen derechos personalísimos que no pueden ejercerse por terceros, sean éstos el representante legal e incluso el apoderado *ad hoc*¹³.

Pese a que le pese al magistrado Gabaldón, lo cierto es que la persona incapaz a quien se pretende esterilizar no es capaz de expresar una voluntad que nos haya de vincular, y es precisamente por ello por lo que precisa de un representante. En ese sentido, *pero sólo en ese sentido*, no puede ser tratado como un «sujeto». Pero es que, además, de seguirse la tesis de ser insustituible el consentimiento del incapaz, se llegaría al absurdo, como el propio Tribunal Constitucional afirma, de no poder llevar a cabo acción terapéutica alguna sobre él, ni aplicar siquiera aquellos tratamientos necesarios para su bienestar. La clave está, precisamente, en esto último: que la esterilización, o cualesquiera otras intervenciones, tengan como único criterio el de atender a los «mejores intereses» del sujeto incapaz¹⁴.

Y es a partir de este punto, la determinación de cuáles sean los «superiores» intereses del incapaz llamados a ser salvaguardados, donde la discusión se plantea en sus términos más álgidos. ¿De qué manera hemos de llenar de contenido a esta noción tan controvertible y jurídicamente indeterminada como la del «mejor o superior interés»¹⁵? ¿A quién le corresponde hacerlo¹⁶? No estoy en condiciones de dar una respuesta definitiva y exhaustiva a esas preguntas, aunque sí me atrevo, al menos, a proporcionar algunas precisiones sobre el *cardácer* de dicha respuesta.

La idea del mejor interés del menor o adulto incapaz compromete a quien lo postula con una visión *objetiva* de los factores que contribuyen, o empo-

13. Las cursivas son mías. Véase, en la misma línea, Marta Chimen: «El consentimiento que autorice una intervención para abolir la capacidad procreadora es un derecho personalísimo, y por ello *la única persona que puede prestarlo es la persona a intervenir, con pleno conocimiento de su objeto y voluntad para aceptar sus consecuencias*. Nadie puede sustituir ese consentimiento, ni tan siquiera un representante [...]» («Acerca de la esterilización no curativa de incapaces». *La Ley*, núm. 5039 de 24 de abril de 2000, p. 1719-1721, p. 1719, cursivas mías).
14. Véanse los Fundamentos Jurídicos tercero y cuarto de la STC 215/1994. Éste es igualmente el criterio recogido en el artículo 9.5 de la Ley 41/2002 y en los artículos 6 y 7 del Convenio de Oviedo, aunque, paradójicamente, en ese mismo texto se recoge, entre los requisitos necesarios para poder llevar a cabo un experimento con un incapaz, que éste no haya «expresado rechazo al mismo» (artículo 17.1.v).
15. Han sido, y son, legión los autores que han manifestado su incomodidad con el concepto de *best interests*. En la literatura anglosajona, y en el ámbito de las disputas por la custodia de los hijos, es imprescindible consultar el trabajo clásico de MNOOKIN, Robert H. (1975). «Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy». *Law and Contemporary Problems*. Vol. 39, summer 1975, p. 226-293, p. 229. Entre nosotros, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2000). «El interés del menor». En: *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*. Universidad de Granada-Universidad de Jaén-Universidad de Almería (vol. III), p. 1537-1563, p. 1545.
16. A los propios pediatras a los que antes mencioné, no se les oculta que, efectivamente, no basta con señalar que se debe actuar en beneficio del menor, sino que es una vez consignado ese criterio cuando arranca la controversia. Siguiendo a Diego Gracia, consideran que es la familia quien debe definir lo que más conviene al menor; véase CAÑIZO FERNÁNDEZ-ROLDÁN, Agustín del; CAÑIZO LÓPEZ, Agustín del (2005), p. 278.

brecen, al bienestar del sujeto¹⁷. En una primera aproximación, ello implica que la voluntad del individuo queda postergada. Así debería ser en todo caso cuando nos las vemos con sujetos que nunca serán competentes o no lo han sido todavía, lo cual incluye paradigmáticamente a los menores. Es decir, así como resulta posible tratar de aventurar cuál habría sido la voluntad del que otrora fue competente pero ahora no lo es, para entonces sacrificar sus mejores intereses en aras a una voluntad supuesta¹⁸, la decisión de quienes suplen el déficit de autonomía del menor o del nacido incompetente será necesariamente paternalista, esto es, habrá de estar guiada por la satisfacción de las necesidades del incapaz objetivamente consideradas. La razón es muy simple: cuando nos enfrentamos al tratamiento de menores o adultos nacidos incompetentes no existe registro alguno de esa vida pasada que nos ayude a adoptar *el* punto de vista de quien antaño tuvo *un* punto de vista. No existiendo dicho rastro, es decir, no habiéndose poseído nunca una perspectiva (el resultado de las disposiciones de carácter, la historia personal, los compromisos ideológicos, filosóficos y religiosos bajo los que se diseñara la propia vida, que pueden, y en muchas ocasiones hacen, llevar al adulto a escoger cursos de acción absurdos a nuestros ojos), resulta absolutamente engañoso y pueril —nunca mejor dicho— el ejercicio de elucubrar sobre la voluntad presunta.

Ésta es la estrategia que, sin embargo, ha explorado Ignacio Campoy a la hora de defender lo que él denomina el «paternalismo de la voluntad» como modo de informar nuestro comportamiento hacia los menores¹⁹. Bajo esa concepción, de lo que se trata es de traducir el mejor interés del niño como el respeto por su «auténtica voluntad». Al decir de Campoy, nos tenemos que preguntar «[...] cuál sería la voluntad del menor ante el caso propuesto si éste tuviese el juicio suficiente para tomar una decisión de manera consciente; es decir, si tuviese un suficiente desarrollo de su razón y la experiencia para poder valorar adecuadamente la información relevante sobre las circunstancias que afectan a la decisión que hay que tomar [...] y, después, actuar conforme a esa “auténtica” voluntad del niño»²⁰. La justificación que indica Campoy para seguir esta estrategia es que el mejor interés de alguien viene a coincidir con el respeto a su auténtica voluntad, con lo que el conflicto entre ambos criterios se diluye. Para llegar a semejante conclusión su (pintoresco) *iter* argumentativo viene a ser el siguiente: el mejor interés puede considerarse objetiva o subjetivamente. En el primer caso, ese mejor interés es independiente de la voluntad de las personas, como ya se ha señalado anteriormente, y entonces, apunta Campoy «[...]

17. Ello a su vez supone, como afirma Robert H. Mnookin, enfrentarnos con la «[...] no poco ardua cuestión de qué propósito y valor tiene la vida misma» (1975, p. 260).

18. Es lo que intentamos hacer con los sujetos que sufren de inconsciencia temporal o definitiva como fue célebremente el caso de Nancy Cruzan o de Terri Schiavo en los Estados Unidos.

19. (2000). «Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños». Universidad Carlos III de Madrid-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 346, 767, 791, y ahora en (2006). *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*. Madrid: Dykinson, p. 595 y 985 y s.

20. «Dos modelos...», *op. cit.*, p. 409 e igualmente *La fundamentación... op. cit.*, p. 984-985.

los intereses intermedios sólo serían auténticos intereses si fuesen adecuados para la consecución de un interés “objetivo” de la mayor relevancia²¹. Ahora supongamos que dicho fin o interés objetivo último no es uno de esos intereses, que, nos dice Campoy, generan un perfeccionismo moral que desprecia la autonomía individual (como, por ejemplo, la salvación del alma), sino que está constituido por el libre desarrollo de la personalidad del individuo (el valor supremo, en cambio, desde la modernidad²²). Entonces, el mejor interés viene siempre dado por el respeto a la voluntad del individuo, bien sea porque ese «interés» es entendido subjetivamente, bien sea porque es «objetivo», en la medida en que el interés último de todo individuo es el libre desarrollo de la personalidad. Sin duda, hemos resuelto el conflicto entre interés y voluntad, pero a un precio, argumentativamente hablando, muy alto: la falacia de la petición de principio, es decir, dar por probado —puesto que el libre desarrollo de la personalidad es el fin último de todos— lo que se tiene que probar.

Pese al esfuerzo de Campoy, y aun asumiendo que el interés supremo de los individuos pueda ser el libre desarrollo de su personalidad (lo cual obviamente presupone que el individuo posee una «personalidad»), lo cierto es que no conformamos la voluntad «auténtica» del menor cuando tratamos de imaginar cómo decidiría si tuviera la información relevante y las facultades que le convierten en capaz, sino que lo que construimos es la voluntad de un adulto racional, en cuanto a los medios y los fines, siendo éstos últimos la preservación de ciertos intereses que sólo cabe contemplar desde una atalaya que trasciende al sujeto, esto es, «objetivamente». Supongamos que un testigo de Jehová rechaza una transfusión de sangre porque considera prioritaria su salvación eterna frente a la salvación temporal. Si respetamos su decisión es porque, a pesar de que consideramos que rechazar la transfusión atenta contra sus mejores intereses, es preponderante su autonomía personal. Según Campoy, tal conflicto no existiría, porque el mejor interés de los individuos coincide en todo caso con el libre desarrollo de su personalidad. En el ejemplo de los testigos de Jehová su mejor interés es, por tanto, la salvación eterna. Para quien no es testigo de Jehová, en cambio, el mejor interés en un supuesto como el de la necesidad de ser trasfundido, consiste en preservar la vida. Podemos decir, entonces, que el valor del libre desarrollo de la personalidad se convierte en una noción hueca, en un cajón de sastre que alberga cualesquiera creencias y decisiones de quienes se reputan como individuos autónomos con los requisitos antes descritos.

Pero imaginemos ahora que es un menor de edad quien rechaza la transfusión y que su progenitor ha leído con interés la tesis de Campoy. ¿Cabría que argumentara que la decisión de su hijo debe ser respetada porque él mismo habría optado por el rechazo a la transfusión, si hubiera tenido toda la información relevante, y, en particular, las enseñanzas de los testigos de Jehová? Supongamos, en cambio, que el juez de guardia encargado de resolver el caso, también ávido lector de Campoy, estima que la transfusión debe ser practica-

21. *La fundamentación...*, op. cit., p. 985-986.

22. *Ibidem*, p. 987.

da porque el menor así lo querría si tuviese el juicio suficiente para tomar una decisión consciente. ¿Quién tiene razón? En mi opinión, es la opción del juez la que debe avalarse, aunque no por la razón apuntada, que sigue el modelo postulado por Campoy, sino porque corresponde al Estado, en un supuesto como éste, intervenir para procurar que se salvaguarden los mejores intereses del menor, objetivamente considerados, y no así los conjeturados o contruidos por alguien cual castillos en el aire²³.

Se ha dicho que ello supone, por parte del Estado, arrogarse una competencia (la de juzgar o decidir lo equivocado de una religión) que no le corresponde²⁴. Lo cierto es, sin embargo, que sin llegar tan lejos como someter a escrutinio una religión, lo que sí puede y debe hacer el Estado es rechazar la imposición de creencias sobre sujetos que no cuentan aún con la madurez suficiente para valorarlas, cuando dichas creencias sólo pueden asumirse parroquial y fideísticamente. La mejor justificación para desplazar al criterio religioso consiste, a mi juicio, en apuntar a que así se preservan las condiciones de posibilidad del ejercicio de la autonomía futura del menor²⁵. El Estado está favoreciendo que éste pueda llegar con los mejores pertrechos a la condición de adulto, una condición que podrá incluir eventualmente la de ser un consciente y devoto practicante de la religión de los testigos de Jehová y, entonces, pero sólo entonces, preferir la salvación eterna frente a la salvación mundana.

3. Competencia e incompetencia: la dúctil frontera

Además de la determinación de qué sean los «mejores intereses», una segunda dificultad que surge cuando abordamos la cuestión de la intervención médica sobre el sujeto incapaz, es la propia de la fijación de las aptitudes cognitivas que harán de alguien un individuo competente, capaz de recibir la información a partir de la cual manifestar su consentimiento o rechazo a la acción terapéutica.

De las complejidades que comporta esa categorización de alguien como capaz para su autogobierno, da buena cuenta una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 11 de mayo de 2005, en la que se resuelve favorablemente la autorización para la esterilización de una incapaz aquejada del síndrome de Down. Y es que la afirmación por parte de ésta de su «comprensión» del mal que le aqueja, pero también del propio hecho de la maternidad, así

23. Por todos, GALÁN CORTÉS, Julio César (2001). *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, p. 83.

24. Véase CEBRIÁ GARCÍA, María (2005). *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas. Doctrina y jurisprudencia*. Aranzadi: Cizur Menor, p. 54.

25. Así, LALANDA, Sergio Romeo. (2003) «Un nuevo marco jurídico-sanitario: la ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes (y II)». *La Ley*, núm. 5704, 24 de enero de 2003; CASABONA, Carlos Romeo (1998). «¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, p. 327-357 y la sentencia T-474/96 de 25 de septiembre de la Corte constitucional colombiana (véase *infra*).

como su insistencia en querer ser madre, lejos de ser vistas como la expresión de una voluntad atendible, constituían para el juzgador buena prueba de que había que acceder a las pretensiones esterilizadoras de sus progenitores²⁶. El padecimiento de una discapacidad determinada como el síndrome de Down, así como el haber cumplido o no una edad, serían así umbrales rígidos para la consideración de la competencia. Se trata del presupuesto clásico del que Campoy denomina, para el caso de los menores de edad, «proteccionismo tradicional»: la capacidad de obrar de la persona se vincula con el cumplimiento de un requisito de edad arbitrario y rígido, que no atiende a la condición material del sujeto y que, en función de los actos que pudiera llevar a cabo el menor, no tolera grados durante toda su minoridad²⁷. Bajo el proteccionismo «renovado», en cambio, sí se admite una modulación de la capacidad, vindicándose que sea la realidad cognitiva y emocional del sujeto la determinante de su capacidad de obrar²⁸. Este proteccionismo renovado encuentra, en la sentencia de la Corte Suprema estadounidense *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, una de sus manifestaciones canónicas: «Los derechos constitucionales no maduran y se hacen realidad mágicamente sólo cuando uno cumple los años establecidos como mayoría de edad por el Estado. Los menores, tanto como los adultos, están protegidos por la Constitución y son titulares de derechos constitucionales»²⁹. Con estos mimbres se fragua la difusa figura del «menor maduro», que ahora la Ley 41/2002 parece haber consagrado.

El proteccionismo renovado se había plasmado ya en el artículo 12.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989³⁰; en el artículo 6.2 del Con-

26. «En cuanto al examen de la incapaz por el juzgador, en él se refleja una aparente comprensión de su problema por parte de la incapaz y el impedimento que comporta para la procreación, enfrentado a un deseo de maternidad y a la expresión de una eventual vida en pareja con hijos a los que se ve capaz de sacar adelante, en contradicción con los dictámenes periciales y con la aparente asunción inicial del problema, lo cual es demostrativo de la inconsciencia real de su situación y de la incapacidad que comporta para asumir de manera conveniente y consciente las vivencias que los cambios propios de la gestación, del parto y de la maternidad suponen, así como de asumir por sí misma los deberes inherentes a tal situación y a la consecuente de cuidar, alimentar y proporcionar un desarrollo integral y adecuado a la prole» (AC 2005\1203, Fundamento de Derecho 3º).

27. Véase CAMPOY (2000), p. 290-291, 767.

28. CAMPOY (2000), p. 290-291. Así se postula específicamente para el ámbito del tratamiento médico; véase Galán Cortés (2001), p. 73. Cuando este trabajo está a punto de entrar en imprenta (octubre de 2007), se ha conocido la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona número 12, que declara nulos ciertos preceptos del Código Deontológico del Consejo de Colegios Médicos de Cataluña que entró en vigor el 1 de abril de 2005. En dichos artículos, se consagraba un muy amplio margen de autonomía para los menores con similares capacidades de comprensión que el adulto, margen que conllevaba el deber del médico de respetar la confidencialidad o el rechazo del tratamiento por parte del menor. Sobre ello se abundará más adelante.

29. Véase 428 US 52, 75 (1976).

30. «Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.»

venio de Oviedo; en el artículo 162.1 del Código Civil³¹ y en el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor³², entre otras disposiciones. Toda esa urdimbre normativa es la que ha informado, a su vez, la (alambicada) redacción del artículo 9.3 de la Ley 41/2002, el precepto con el que se pretende dar la respuesta jurídica al espinoso asunto de la autonomía del menor en el contexto de la intervención médica. En síntesis, la regla general es que, en el caso de menores de edad no emancipados o con edad inferior a dieciséis años, el consentimiento se da por representación (en los otros casos estamos ante la figura del «menor maduro»), aunque si el menor se sitúa en la franja de edad de los doce a los dieciséis años, se debe «escuchar su opinión». Lo más relevante de esta disposición es que, cuando ya ha cumplido los dieciséis años o está emancipado, puede por sí solo prestar su consentimiento informado (interpretando *contrario sensu* el artículo 9.3), aunque, cuando la actuación comporta grave riesgo, los padres deberán ser informados «y su opinión tenida en cuenta».

Así y todo, en el artículo 9.4, se establecen tres excepciones a esta regla general. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida «[...] se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación». ¿Qué se quiere decir con esto?

Algunos autores como Guerrero Zaplana han interpretado el artículo 9.4 como una «limitación a la posibilidad de prestar el consentimiento por representación»³³. Pero esa forma de presentar las cosas es ambigua, como el propio concepto de «acto personalísimo» al que aludí anteriormente. Y es que una cosa es decir que porque no cabe el consentimiento por representación *sólo el sujeto puede consentir* (porque efectivamente estamos ante un acto personalísimo como el ejercicio del sufragio activo), y otra que para hacer algo hay que tener dieciocho años. En el caso concreto de la interrupción voluntaria del embarazo, parece que lo que se está indicando es que la mujer necesita haber cumplido la mayoría de edad legal para poder abortar autónomamente, lo cual, y con buenas razones como veremos posteriormente, ha sido objeto de fuertes críticas³⁴.

De resultas de la lectura de los artículos de la Ley 41/2002 comentados, uno podría extraer la conclusión de que en España se ha rebajado la que po-

31. «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.»

32. «El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.»

33. (2004). *El consentimiento informado. Su valor en la jurisprudencia*, Lex Nova, p. 84.

34. Así lo ha puesto de manifiesto, entre otros, MALANDA, Romeo (2003) y AÑÓN, Carlos Lema; véase «Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo». *Jueces para la democracia*, núm. 43, marzo 2002, p. 34-38, p. 34, 38.

dríamos llamar «mayoría de edad sanitaria», consagrando los dieciséis años como momento a partir del cual el individuo ejerce su plena autonomía en ese ámbito. Puede que ese paso se haya querido dar, aunque se ha hecho mal y no del todo. Para empezar, porque probablemente muchos ciudadanos no están preparados para asumir plenamente las consecuencias de esa consagración. Cuando uno repasa la literatura y la jurisprudencia al respecto, se da cuenta de que la voluntad del menor «maduro» se respeta para los asuntos de menos cuantía; cuando es la vida del menor o su integridad física lo que está en juego, entonces se enarbola esa concepción de la «buena autonomía» de la que han hecho su seña de identidad algunos críticos perfeccionistas del liberalismo como el antes aludido Raz: si de morir o seguir viviendo se trata, la elección del menor es autónoma cuando se opta por lo segundo.

Una buena muestra de tal imposibilidad para asumir todas las consecuencias de la atribución de autonomía al menor maduro la constituye la sentencia T-474/96, de 25 de septiembre, de la Corte Constitucional colombiana, en la que se resuelve el amparo de un padre que solicita que la clínica donde está ingresado su hijo de diecisiete años miembro de los testigos de Jehová, proceda a la transfusión de sangre complementaria a su tratamiento contra el cáncer y sin la que probablemente morirá, una transfusión que el menor rechaza. Pues bien, a pesar de que la Corte considera que el menor «maduro» tiene derecho a la libertad religiosa con lo que ello pueda conllevar en cuanto a las obligaciones de profesar dicha fe, el ejercicio de la autonomía del menor tiene como límite su propia vida³⁵. Es más, como veíamos anteriormente que ocurría en el caso de la mujer afectada por el síndrome de Down que anhelaba ser madre, la inclinación del menor hacia el «mal objetivo» es señal, dice la Corte Constitucional colombiana, de que no se goza de la capacidad necesaria para ejercer la autonomía plenamente.

Con una orientación semejante, se manifestó en su día Carlos Romeo Casabona, al comentar la STS de 27-6-1997 que condenó a los padres miembros de los testigos de Jehová por la muerte de su hijo de trece años que también profesaba esa fe y que rechazó constante y persistentemente ser trasfundido³⁶. Romeo Casabona entiende que, puesto que la vida es el «sustrato» y la «condición imprescindible» de todos los derechos fundamentales, el ejercicio de

35. «El ejercicio de la patria potestad —afirma la Corte—permite a los padres orientar y participar en las decisiones de sus hijos menores adultos, y a exigir que se dé prevalencia a las que ellos adopten, en caso de enfrentamiento o contradicción que ponga en peligro el derecho fundamental a la vida de sus hijos.»

36. «Si bien no cabe duda de que a los trece años [...] pueden ejercitarse con plena capacidad numerosas manifestaciones del derecho a la libertad religiosa (por ejemplo, practicar los actos de culto, acudir a los lugares establecidos para ello, etc.), es más que dudoso que pueda llevarse a sus extremas consecuencias hasta el punto de poner en peligro la propia vida o conducir a su pérdida; más todavía en el caso en cuestión, en el que la reacción del menor ante la posibilidad de que se le realizase por parte de terceros una intervención contraria a su credo fue de «rechazo con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación [...] lo que parece poco compatible con una actitud madura y serena de firmeza»; véase 1998, p. 337.

cualquiera de ellos ha de resultar compatible con la continuación de la vida. Esta prelación, sin embargo, muta cuando entramos en la mayoría de edad. Entonces, «[...] el efecto tutelar del ordenamiento jurídico debe ceder a la plena autonomía del interesado»³⁷.

Hemos regresado, por tanto, al punto de partida del que nos habíamos escapado a lomos del proteccionismo renovado: ¿qué edad debe tener un sujeto para que pueda decidir plenamente sobre su propia salud, sobre su integridad física y sobre su vida? Me atrevo a decir que hoy los dieciocho años son una frontera demasiado distante, y que, con buenas razones, el legislador la ha querido rebajar para la gran mayoría de los tratamientos médicos. Las razones son demasiado evidentes: la madurez del ser humano está en función del entorno en el que vive, y no resulta descabellado decir que hoy, en las sociedades occidentales, los menores adquieren esa condición con prontitud, dado el nivel de estimulación e información al que están sometidos. Piénsese por un momento si un joven actual de dieciséis años cuenta o no con mayor experiencia vital y madurez que un adulto de veinte años de principios del siglo XX.

Una manera de resolver el asunto de dónde establecer la frontera y, por tanto, el respeto pleno a la autonomía del individuo con todas sus consecuencias, consiste precisamente en no resolverlo «con carácter general y preciso». Fijar rígidamente una edad no deja de resultar un ejercicio de fetichismo y arbitrariedad, como los críticos del llamado «liberacionismo infantil» adujeron siempre. Parece extraño que uno se acueste el día antes de su dieciocho cumpleaños siendo menor, y se levante al día siguiente pudiendo decidir sobre todos los aspectos de su vida. Pese a que nos pese, esto es jurídicamente así en muchas ocasiones: las limitaciones de velocidad, los mínimos exentos de tributación, los plazos procesales, la edificabilidad máxima, etc. son todas manifestaciones igualmente catalogables como «fetichistas». En aras a la seguridad jurídica, mucho se gana con ello. No es irracional e impensable, sin embargo, atender en cada caso clínico a las circunstancias materiales del individuo. Así parecen proponerlo algunos autores que ven en los dieciséis años como hito de la «minoría madura» un puro fetiche. María Cebriá García arguye en ese sentido que: «[...] no se puede admitir sin matizaciones el criterio cronológico como signo determinante y concluyente del grado de madurez del menor, pues ello puede colisionar con sus intereses, los cuales deben ser adecuadamente tutelados, de tal forma que será necesario analizar cada caso concreto para determinar si el menor reúne, en realidad, condiciones de madurez suficientes, dada la variabilidad que en tal sentido puede haber en cada supuesto»³⁸. Para Cebriá, hay que entender que los dieciséis años o la emancipación establecen, todo lo más, una presunción *iuris tantum* de capacidad para el consentimiento informado³⁹.

37. CASABONA, Romeo (1998), p. 338.

38. (2005). *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas. Doctrina y jurisprudencia*. Aranzadi: Cizur Menor, p. 48.

39. *Ibidem*.

Reparemos bien, sin embargo, en que Cebriá García y otros sí conservan, en cambio, el fetiche de los dieciocho años. Es decir, la determinación y el análisis casuístico de la presencia de competencia *sólo* se predicen cuando nos las vemos con un menor. Léase en esa línea la manifestación crítica de José Guerrero Zaplana frente a la fijación en los dieciséis años de la que antes he denominado «mayoría de edad sanitaria»: «[...] aunque no sea descabellado pensar en el supuesto de pacientes que se nieguen irracionalmente a recibir alguna clase de tratamientos claramente beneficiosos para su salud, no puede desconocerse que, en todo caso, debe prevalecer la valoración de la autonomía de la voluntad y a las personas que cuentan con más de 18 años cabe reconocerles una madurez que no puede predicarse respecto de los emancipados o simplemente mayores de 16 años por lo que, solo para éstos, habría sido conveniente articular alguna forma de intervención judicial para los supuestos más extremos»⁴⁰.

Si uno postula un modelo en el que lo que cuenta es la capacidad material del sujeto, atendidas sus circunstancias comprobadas, parece discriminatorio por razón de edad presumir la competencia sólo de los que ya rebasaron los dieciocho años. Obvio resulta decir que la eliminación de una regla de contenido preciso que fije esa presunción general (sea esta edad la de dieciséis o dieciocho años) genera importantísimos inconvenientes de naturaleza práctica. Fuera del ámbito sanitario, piénsese en lo que supondría la concesión del derecho de sufragio activo a todos aquellos competentes, independientemente de su edad. Pero algo semejante cabría atisbar si consideramos todas y cada una de las intervenciones médicas que se practican cada día mediando el consentimiento informado de quien sólo se ha comprobado que es mayor de dieciocho años.

Con estas observaciones quiero indicar que, si bien no resulta fácil la empresa de concretar en una edad cronológica del individuo el racimo de aptitudes cognitivas que le convierten en un sujeto autónomo, una condición necesaria (si bien no suficiente) del ordenamiento jurídico en este punto es la coherencia. Un análisis mínimo de la propia Ley 41/2002 y de otras normas que componen el sistema jurídico en España, arroja como resultado que dicha coherencia brilla por su ausencia.

Si es cierto, como sostengo, que con la citada ley la mayoría de edad sanitaria se ha fijado en España en los dieciséis años, resulta muy llamativo que un menor pueda decidir sobre su propia vida, y, en cambio, no pueda votar⁴¹. Otras incoherencias se ciñen al ámbito precisamente sanitario, que es el que más nos interesa en este momento. Son las siguientes:

- a) Supuesto que admitamos que un individuo de dieciséis años pueda, de acuerdo con la Ley 41/2002, negarse a una intervención médica sin la que corre un peligro cierto de muerte, ese individuo, sin embargo, ve vulnera-

40. (2004), p. 83 (cursiva mía).

41. Así Romeo Casabona, quien por ello niega que el menor de 18 años sea plenamente autónomo en el ámbito de la decisión sanitaria; véase 1998, p. 338.

da la confidencialidad que debe presidir la relación entre médico y paciente y que se recoge en los artículos 2.7 y 5.1 de la Ley 41/2002⁴², así como el derecho a adoptar una decisión «libre» (artículo 2.3), en la medida en que sus representantes legales habrán de ser informados de la situación para que su opinión sea «tenida en cuenta»⁴³.

- b) Al mayor de dieciséis años tampoco le resulta posible emitir válidamente el documento de instrucciones o directrices previas, lo cual no parece coherente con la atribución del ejercicio pleno de la autonomía en el ámbito de la acción terapéutica⁴⁴. La solución (jurídica) a esta incoherencia vendría tal vez de considerar que, a diferencia de la expresión del consentimiento, en el caso de la declaración de voluntad anticipada, el menor no ha pasado ningún filtro que permita asumir su condición de madurez, y por tanto que sea válida esa anticipación de su voluntad futura.
- c) La posibilidad de que el menor de dieciocho años rechace un tratamiento salvador no parece fácilmente conciliable con la exigencia establecida en el artículo 156 del Código Penal de ser mayor de edad para otorgar un consentimiento eximente de la responsabilidad penal en las intervenciones de cambio de sexo, esterilización (con las excepciones ya conocidas cuando del incapaz se trata) y transplante de órganos⁴⁵. Es decir, el mayor de dieciséis años que, presuntamente, pudiera rechazar una transfusión de sangre, o incluso un transplante de órganos, no puede donar un riñón, ni tejidos, ni su esperma u óvulos⁴⁶.

42. «La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida»; «El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita».

43. Véase, en este sentido MALANDA, Romeo (2003). No resulta claro, con todo, qué ocurre si la opinión del representante legal es opuesta a la del menor. No pocos autores se han inclinado por dejar la decisión en manos de la autoridad judicial, con lo que definitivamente se difumina la hipótesis de que con la ley 41/2002 se ha establecido una frontera nueva para el ejercicio de la autonomía en el contexto sanitario.

44. Véase RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2005). «La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas». *La Ley*, núm. 6197, 24-2-2005. A diferencia de la ley estatal que exige la mayoría de edad para la emisión válida de instrucciones previas (artículo 11.1), la normativa valenciana permite al menor emancipado emitir las (artículo 1 del Decreto 168/2004 de 10 de septiembre) e igualmente la ley navarra en relación con el menor, al que se reconoce capacidad para ello «conforme a la presente ley foral» (artículo 9.1 de la Ley 11/2002 de 6 de mayo). Ocurre, sin embargo, que, en la dicha ley, no figura ningún procedimiento, requisito o condición de ese reconocimiento de capacidad.

45. GALÁN CORTES (2001), p. 84 y MALANDA, Romeo (2003).

46. Véanse los artículos 9.1.a del Real Decreto 2070/1999 de 30 de diciembre; 7.1 del Real Decreto 411/1996 de 1 de marzo y 5.6 de la Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida. Los menores, en cambio, sí pueden ser donantes de «residuos quirúrgicos», progenitores hematopoyéticos y médula ósea (artículo 7.2 del Real Decreto 411/1996 de 1 de marzo), aunque, en este último supuesto, siempre que exista relación genética entre donante y receptor.

4. Un caso especial: el aborto de la menor

El último semillero de incoherencias en el que me quiero detener particularmente tiene que ver con el ámbito procreativo. Ya he señalado que una mujer mayor de dieciséis años pero menor de dieciocho no puede consentir a una esterilización, ni a ser usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida (artículo 6.1 de la Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida), aunque sí pueda estar legalmente casada⁴⁷ y, obviamente, embarazada. La pregunta que a cualquiera asalta es: ¿puede interrumpir voluntariamente su embarazo?

De acuerdo con algunos penalistas, la menor podría abortar sin necesitar la autorización previa de su representante legal, en función de su probada competencia o madurez. Ello implica que prima su decisión de interrumpir el embarazo frente a la opinión contraria de sus padres o tutores⁴⁸. Todo ello se ha venido apuntando en defecto de una norma expresa en el sistema jurídico español o del pronunciamiento del Tribunal Constitucional cuando tuvo ocasión de revisar la constitucionalidad de la despenalización del aborto en la sentencia 53/1985. Ahora, en cambio, sí parece haber una previsión expresa, y ésta es la de ser necesaria la mayoría de edad para poder interrumpir el embarazo, según dispone el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 antes señalado. Por la misma aplicación de la lógica anterior, si los representantes legales —sus padres típicamente— se oponen al aborto, la menor tendrá que continuar con la gestación y el parto posterior, lo cual entraña una consecuencia paradójica: una persona juzgada como incapaz para adoptar una decisión es, sin embargo, considerada, siquiera sea implícitamente, suficientemente competente para convertirse en madre.

Sigue siendo más conflictivo, como en la situación previa a la promulgación de la Ley 41/2002, el supuesto inverso: cuando es la menor la que considera que puede proseguir con el embarazo y son en cambio los padres los que favorecen su interrupción. De nuevo aquí deberíamos, cuando menos, ser coherentes y permitir a la menor madura que cuenta con dieciséis años o más, asumir las consecuencias de la gestación y el parto (y ello incluye asumir el riesgo de perder su propia vida), si es que, como parece, a partir de

47. Sobre ello, llama la atención MALANDA, Romeo (2003).

48. Véase MALANDA, Romeo (2003). Así mismo lo consagraba, como he señalado en la nota 27, el Código Deontológico del Consejo de Colegios Médicos de Cataluña. En su artículo 13 establecía la obligación de respetar la voluntad del menor si tiene capacidad para comprender lo que decide, aunque el médico habrá de valorar también la opinión de los vinculados responsables. Por otro lado, en el artículo 33 se disponía que el médico que trata con un paciente menor al que juzga con las suficientes condiciones de madurez, debe respetar la confidencialidad incluso en relación con sus padres o tutores, haciendo prevalecer la voluntad del menor. Finalmente, en el 59 se establece que el médico no practicará interrupción voluntaria del embarazo sin el consentimiento del menor dado tras una cuidadosa información, en especial cuando el paciente sea menor pero con capacidad de comprender aquello a lo que consiente. En caso contrario, será necesario el consentimiento de las personas vinculadas responsables.

esa edad le hemos concedido la posibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad en el contexto sanitario, para, por ejemplo, rechazar un tratamiento médico salvador. Sin embargo, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 parece haber conferido la decisión a los padres también en ese supuesto, si bien, en todo caso, para llevar a término dicha interrupción, habrán de concurrir algunas de las indicaciones despenalizadoras del aborto. Como se sabe, una de ellas —la llamada *indicación terapéutica*— permite el aborto en caso de peligro para la salud psíquica de la mujer. Uno podría pensar, entonces, que estamos ante un comodín fácilmente utilizable por los padres o tutores, que pudieran alegar que tal es el caso siempre que una menor de dieciocho años queda embarazada. El hecho de ser madre —podrían argüir— supone para una mujer tan joven un trastorno de cuyos efectos, en todos los planos psicosociales, ni ella misma puede ser consciente. Sus padres o tutores, en cambio, sí, y de ahí que haya de primar su decisión de que se interrumpa el embarazo. A mi juicio, muchas razones inclinan a pensar en lo muy contraproducente que es procrear para una menor que se sitúa en la franja de los dieciséis a los dieciocho años. Probablemente también después y hasta bien entrada la veintena, si nos atenemos a las actuales condiciones socioeconómicas que permiten a las mujeres desarrollar sus planes de vida. Es muy raro que una mujer tan joven disponga, para empezar, de los medios económicos que van a permitir una crianza razonable de su hijo. Y si pudiera disponer de ellos, aunque sólo fuera para darse a sí misma y a su hijo las condiciones mínimas para la existencia (supongamos que los padres partidarios del aborto dejaran incluso de ayudarla económicamente), muchas otras de sus ambiciones o proyectos obviamente van a verse truncados. Todo ello es así por regla general, pero el paso ulterior consistente en ponderar el conflicto, también con carácter general, a favor de que la decisión corresponda siempre a los padres, desluce gravemente nuestro compromiso con la autonomía personal de alguien que puede, sin embargo, tomar otras decisiones trascendentales si es juzgada como suficientemente madura. Estamos presuponiendo, además, que la apuesta por la continuación del embarazo es la apuesta por la maternidad, cuando no es descartable que esa menor quiera, por razones ideológicas o religiosas, salvaguardar la vida de quien juzga como titular del derecho a ella, para entregar después en adopción al recién nacido. No habría razones para no respetar esa creencia y sí, en cambio, permitir al menor maduro testigo de Jehová el rechazo de una transfusión que salvará su vida.

Muchos autores han considerado que este conflicto de intereses debe, en todo caso, ser resuelto por la autoridad judicial en atención al «mejor interés» de la menor y oída ésta⁴⁹. Referente a este tema, cabe mencionar la solución dada en los Estados Unidos de América, donde la cuestión quedó resuelta en dos sentencias de la Corte Suprema de los años setenta. En ellas se declara inconstitucional el veto que pudieran interponer los padres a la decisión de

49. MALANDA, Romeo (2003) y GALÁN CORTÉS (2001), p. 90-91, entre otros.

la menor de abortar⁵⁰, estableciéndose la posibilidad de lo que allí denominan *by-pass judicial*, es decir, que la menor *pueda recabar de la autoridad judicial el permiso para la interrupción del embarazo sorteando el concurso de sus padres en la adopción de dicha decisión*. Así y todo, el juez puede resolver que la interrupción voluntaria del embarazo frustra el «interés superior» de la menor y que va en su beneficio convertirse en madre. Y ello a pesar de haber podido considerarla capaz para otorgar un consentimiento informado al aborto⁵¹, lo cual, nuevamente, no deja de resultar paradójico. También a la inversa —si resultase que la menor es incapaz— podría resolverse la continuación del embarazo. En ese caso, tendremos que preguntarnos, como antes: «¿cómo podría el juez concluir que es en interés de la menor procrear si es tan inmadura como para no poder decidir abortar por sí sola?»⁵². Sólo el prejuicio antiabortista permite arribar a conclusiones tan sorprendentes como la de imponer la maternidad a una mujer independientemente de su competencia o de su voluntad contraria expresa, informada y madura⁵³. Pero, igualmente, sólo un perjuicio perfeccionista puede abonar la imposición del aborto sobre una menor madura.

50. En *Planned Parenthood v. Danforth*, se establece que: «[...] el Estado no puede sin más imponer la exigencia del consentimiento paterno o del tutor para poder interrumpir el embarazo de una menor no casada durante las primeras 12 semanas de su embarazo. Al igual que con el requisito del consentimiento del esposo, aquí igualmente el Estado no cuenta con el poder constitucional de otorgar a un tercero un veto absoluto, y posiblemente arbitrario, frente a la decisión del médico y su paciente»; véase 428 US 52 (1976), 75.
51. *Bellotti v. Baird*, 443 US 622 (1979), 630. «[...] un aborto —señala la Corte Suprema— puede no ser la mejor opción para la menor [...] En un caso determinado, las alternativas al aborto, tal como casarse con el padre, disponer su adopción o asumir las responsabilidades de la maternidad con el apoyo asegurado de su familia, pueden ser realizables y relevantes en relación con los intereses superiores de la menor»; 443 US 622 (1979), 642.
52. Véase MNOOKIN, Robert H. y otros (1985). *In the interest of children. Advocacy, law reform and public policy*. Nueva York: Freeman and Company, p. 263. De hecho, los datos que presenta Mnookin relativos al funcionamiento en la práctica de la autorización judicial previa en el Estado de Massachussets durante 1981-1983 son bien elocuentes: el 90% de las 1.300 menores que solicitaron dicho permiso fueron consideradas maduras para decidir por sí solas. Cuando no fue así, el juez estimó que el aborto era lo mejor salvo en cinco supuestos (4% de los casos), menores que en todo caso abortaron finalmente, bien porque apelaron la decisión, bien porque acudieron a otro estado (Mnookin, 1985, p. 239-240).
53. Es por ello por lo que no cabe afirmar la existencia en los Estados Unidos de un derecho constitucional de los menores a la interrupción voluntaria del embarazo, sino simplemente la transferencia al Estado (a los jueces) de la capacidad de representar a la menor en dicha materia. Esta conclusión, por otro lado, era incompatible con uno de los fundamentos más importantes de *Planned Parenthood v. Danforth*. Y es que en esa sentencia, para negar el derecho de veto de los padres, se afirmaba que el Estado no podía delegar a los padres un derecho (bloquear el ejercicio de la libertad reproductiva de los menores) que en primera instancia no pertenece al Estado. Sobre todo ello, véase *Bellotti v. Baird*, 443 US 622 (1979), 653-654; MNOOKIN (1985), p. 258 y GUGGENHEIM, Martin (2002). «Minor Rights: The Adolescent Abortion Cases». *Hofstra Law Review*, vol. 30, primavera de 2002, p. 589-646, p. 591, 625-626, 631.