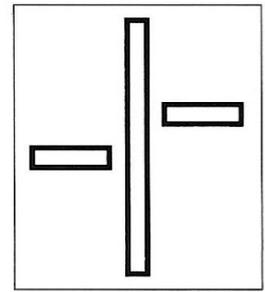
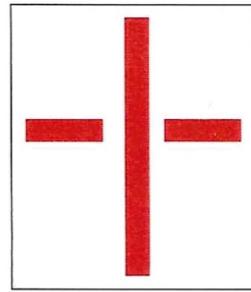
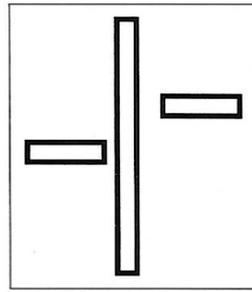
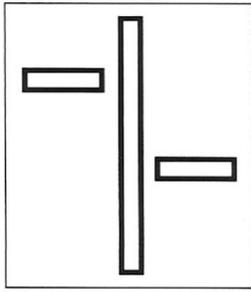


Scientia Iuridica



Entre persona y familia

MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ	ALMUDENA CARRIÓN VIDAL
MARIA CARMELA VENUTI	CARLOS DE LARA VENCES
MONSERRAT PEREÑA VICENTE	BEATRIZ EXTREMERA FERNÁNDEZ
GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA	EDUARDO OLIVA GÓMEZ
PEDRO J. FEMENÍA LÓPEZ	ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
VINCENZO BARBA	ANNA SAMMASSIMO
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE	GABRIELE TOSCANO
ENRICO AL MUREDEN	ADRIÁN ARRÉBOLA BLANCO
ISABEL ZURITA MARTÍN	JOSÉ MARÍA CARDÓS ELENA
ORIANA CLARIZIA	PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
GIOVANNI DI ROSA	MARIA CIMMINO
CRISTIÁN LEPIN MOLINA	DANIELA CORTÉS CEDEÑO
ROBERTO SENIGAGLIA	MANUEL ÁNGEL DE LAS HERAS GARCÍA
PILAR MARÍA ESTELLÉS PERALTA	BEGOÑA RIBERA BLANES
JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH	YAIRIS ARENCIBIA FLEITAS
GIAMPAOLO FREZZA	FEDERICO ARNAU MOYA
YOLANDA BUSTOS MORENO	ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
MARÍA DOLORES CANO HURTADO	JOEL HARRY CLAVIJO SUNTURA
MANUEL ORTIZ FERNÁNDEZ	JAVIER MARTÍNEZ CALVO
ISABEL JOSEFA RABANETE MARTÍNEZ	VIRGINIA MÚRTULA LAFUENTE
PABLO TORTAJADA CHARDÍ	JUAN CARLOS ROCHA VALLE



Cátedra de Derecho Notarial
de la Universidad de Alicante

REUS
EDITORIAL

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
(Directores)

GONZALO MUÑOZ RODRIGO
ÁLVARO BUENO BIOT
(Coordinadores)

ENTRE PERSONA Y FAMILIA

MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ	ALMUDENA CARRIÓN VIDAL
MARIA CARMELA VENUTI	CARLOS DE LARA VENCES
MONSERRAT PEREÑA VICENTE	BEATRIZ EXTREMERA FERNÁNDEZ
GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA	EDUARDO OLIVA GÓMEZ
PEDRO J. FEMENÍA LÓPEZ	ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
VINCENZO BARBA	ANNA SAMMASSIMO
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE	GABRIELE TOSCANO
ENRICO AL MUREDEN	ADRIÁN ARRÉBOLA BLANCO
ISABEL ZURITA MARTÍN	JOSÉ MARÍA CARDÓS ELENA
ORIANA CLARIZIA	PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
GIOVANNI DI ROSA	MARIA CIMMINO
CRISTIÁN LEPIN MOLINA	DANIELA CORTÉS CEDAÑO
ROBERTO SENIGAGLIA	MANUEL ÁNGEL DE LAS HERAS GARCÍA
PILAR MARÍA ESTELLÉS PERALTA	BEGOÑA RIBERA BLANES
JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH	YAIRIS ARENCIBIA FLEITAS
GIAMPAOLO FREZZA	FEDERICO ARNAU MOYA
YOLANDA BUSTOS MORENO	ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
MARÍA DOLORES CANO HURTADO	JOEL HARRY CLAVIJO SUNTURA
MANUEL ORTIZ FERNÁNDEZ	JAVIER MARTÍNEZ CALVO
ISABEL JOSEFA RABANETE MARTÍNEZ	VIRGINIA MÚRTULA LAFUENTE
PABLO TORTAJADA CHARDÍ	JUAN CARLOS ROCHA VALLE



Cátedra de Derecho Notarial
de la Universidad de Alicante

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2023

El presente libro se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación “La modernización del Derecho de Familia a través de la práctica jurisprudencial”, AICO/2021/090, financiado por la Conselleria d’Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana, del que es IP el profesor José Ramón de Verda y Beamonte, como también de los Grupos Permanentes de Investigación de la Universidad de Valencia “Persona y Familia”, GIUV2013-101, del que es IP el profesor José Ramón de Verda y Beamonte, y “Derecho y vulnerabilidad: menores de edad, personas con discapacidad y animales de compañía”, GIUV2022-532, del que es IP el profesor Pedro Chaparro Matamoros.

© Los autores.
© Editorial Reus, S.A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
+34 915213619 – +34 915223054
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2023)
ISBN: 978-84-290-2801-0
Depósito Legal: M-32933-2023
Diseño de portada: Editorial Reus
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: *Ulzama Digital*

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Para la reproducción de las figuras sujetas a derecho de autor, se ha solicitado la autorización correspondiente. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

ÍNDICE

PARTE PRIMERA

Una cuestión, dos experiencias jurídicas diversas

I. LA IDENTIDAD SEXUAL

1. Claves civiles de la nueva Ley 4/2023, de 28 de febrero, en materia de personas trans

MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	29
1. Antecedentes	30
II. LA LEY 4/2023, DE 28 DE FEBRERO, PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI	37
1. Novedades de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.....	37
2. Ámbito de aplicación	38
3. Legitimación	40
4. Tramitación	41
5. Cambio de nombre.....	44
6. Reformas vinculadas introducidas por la ley.....	45
A) <i>Lenguaje inclusivo</i>	45
B) <i>Filiación</i>	45
C) <i>Adopción</i>	47
D) <i>Efectos sucesorios</i>	47
E) <i>Relaciones contractuales</i>	47
F) <i>La inversión de la carga de la prueba</i>	48
G) <i>Intersexualidad</i>	49
III. CONCLUSIONES	49

2. Identità di genere e mutamento di sesso nel diritto vivente italiano

MARIA CARMELA VENUTI

I. LINEAMENTI GENERALI DELL'EVOLUZIONE DELLA MATERIA	51
--	----

C) <i>La evaluación por parte del médico prescriptor. Criterios para evaluar el grado de capacidad</i>	402
3. La obligación de información. La aplicación actual de la doctrina <i>Montgomery</i>	404
4. Autorización judicial y participación paterna	407
18. International child abduction. Special reference to the cases generated by religious disagreement between parents	
MARÍA DOLORES CANO HURTADO	
I. INTRODUCTION.....	411
II. CHILD PROTECTION MEASURES AS A PREVENTIVE MECHANISM.....	415
III. THE CRIME OF CHILD ABDUCTION IN THE SPANISH CRIMINAL CODE.....	419
1. Legislative Iter of the crime of child abduction: from its inclusion in the 1995 Criminal Code until its last amendment in 2021.	419
2. Analysis of Article 225 bis of the Criminal Code.....	421
3. The legal right protected by the crime of child abduction.....	424
IV. INTERNATIONAL ABDUCTION: AN ANALYSIS OF THE REGULATIONS	427
1. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980.....	427
2. Regulations in the European Union. Special reference to Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019.....	430
19. La interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad: primeras consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero y la STC 44/2023, de 9 de mayo	
MANUEL ORTIZ FERNÁNDEZ	
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	433
II. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y SU REGULACIÓN LEGAL	435
1. Breve referencia a las condiciones para interrumpir voluntariamente el embarazo	435
2. La interrupción voluntaria del embarazo, ¿un derecho fundamental? Entre la tutela de los derechos de la mujer y los derechos de la vida prenatal	441
III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE MENORES DE EDAD Y LA POSIBILIDAD DE “MATIZAR” EL RÉGIMEN ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO.....	447
1. La regulación básica de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.....	447
A) <i>Menores de edad con menos de dieciséis años</i>	449
B) <i>Menores de edad mayores de dieciséis años (emancipados o no)</i>	450

C) <i>A modo de recapitulación</i>	451
2. La interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero....	452
A) <i>La aplicación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre como criterio de corrección y el interés superior del menor de edad</i>	454
B) <i>Dos factores a tener en cuenta: a vueltas con la interrupción voluntaria del embarazo como derecho fundamental y la protección de la vida prenatal</i>	459
20. Nuevo paradigma de los poderes y mandatos preventivos	
ISABEL JOSEFA RABANETE MARTÍNEZ	
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	461
II. LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS COMO MEDIDA DE APOYO VOLUNTARIA	467
1. Antecedentes.....	467
2. Régimen jurídico de los poderes y mandatos preventivos.....	468
3. Representación, poder y mandato.....	475
III. PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS OTORGADOS POR PERSONAS DISCAPACITADAS	479
IV. LA INSCRIPCIÓN DE LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS	482
V. REFLEXIÓN FINAL	484
21. La prueba de la guarda de hecho	
PABLO TORTAJADA CHARDÍ	
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	487
II. MARCO JURÍDICO DE LA GUARDA DE HECHO	490
1. Antecedentes normativos.....	490
2. Concepto.....	491
3. Transformación en institución jurídica de apoyo.....	493
III. MEDIOS DE PRUEBA	495
1. Resolución judicial. Procedimiento de jurisdicción voluntaria... ..	496
2. Acta notarial de notoriedad.....	497
3. Inscripción registral.....	498
4. Decreto del Ministerio Fiscal.....	498
5. Declaración responsable.....	498
6. Otros medios de prueba.....	499
IV. CONTROL DEL ARTÍCULO 265 CC	501
V. CONCLUSIONES	502

19. La interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad: primeras consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero y la STC 44/2023, de 9 de mayo

MANUEL ORTIZ FERNÁNDEZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad Miguel Hernández de Elche

Sumario: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y SU REGULACIÓN LEGAL. 1. Breve referencia a las condiciones para interrumpir voluntariamente el embarazo. 2. La interrupción voluntaria del embarazo, ¿un derecho fundamental? Entre la tutela de los derechos de la mujer y los derechos de la vida prenatal. III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE MENORES DE EDAD Y LA POSIBILIDAD DE "MATIZAR" EL RÉGIMEN ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO. 1. La regulación básica de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. A) *Menores de edad con menos de dieciséis años*. B) *Menores de edad mayores de dieciséis años (emancipados o no)*. C) *A modo de recapitulación*. 2. La interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero. A) *La aplicación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre como criterio de corrección y el interés superior del menor de edad*. B) *Dos factores a tener en cuenta: a vueltas con la interrupción voluntaria del embarazo como derecho fundamental y la protección de la vida prenatal*.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El tema relativo a la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad obliga a tener en cuenta, al menos, cinco grupos de cuestiones. En primer lugar, cuando dicho procedimiento se lleva a cabo por un profesional, tiene la consideración de un acto sanitario y debe ser observado como tal. A este respecto, han de cumplirse las exigencias, condiciones, requisitos y plazos legales, en atención a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, recientemente modificada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero.

En segundo lugar, íntimamente relacionado con lo anterior, aparece el consentimiento informado vinculado a estas intervenciones. Así las cosas, es

preciso atender a las circunstancias concretas del paciente e informar de los riesgos o contraindicaciones específicos (trauma del cérvix, peritonitis, infección endometritis, laceración o perforación del útero, hemorragia, trauma renal, inflamación pélvica, embolismo, trombosis, esterilidad, etc.). En este contexto, cabe destacar que la entrada en vigor de la precitada Ley Orgánica 1/2023 ha reformado el artículo 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y ha permitido que las menores de dieciséis y diecisiete años puedan consentir sobre la interrupción voluntaria del embarazo sin la necesidad de contar con la autorización de sus progenitores.

En tercer lugar, hemos de analizar la STC 44/2023, de 9 de mayo¹, que, al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la mencionada Ley Orgánica 2/2010, reconoce un derecho fundamental de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, afirmando que esta decisión se encuentra amparada en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Concluye el Tribunal, en consecuencia, que la imposición de una maternidad forzada supone una instrumentación de la persona contraria al artículo 15 CE.

En cuarto lugar, como en todos los casos en los que participa un menor de edad, adquiere especial relevancia el denominado principio de interés superior, al cual se ha atribuido, incluso, una triple perspectiva: como un derecho, como un principio y como una norma de procedimiento. En definitiva, consiste en que, si existen varias interpretaciones, intereses o procesos posibles, se escoja aquel que sea más beneficioso para el menor de edad. Ciertamente, encuentra amparo internacional (principalmente, en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989) y nacional (como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Sobre al particular, es necesario que se lleve a cabo una determinación y una evaluación del interés superior².

¹ STC 44/2023, de 9 de mayo (*Tol 9582039*).

² En este sentido, prevén las Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados, 2008) que la “determinación del interés superior” (DIS) “describe el proceso formal, dotado de garantías procesales estrictas, establecido para determinar el interés superior del niño, especialmente en la adopción de las decisiones importantes que le afecten”, que debe “asegurar la adecuada participación del niño sin discriminación, involucrar a las personas expertas en áreas relevantes encargadas de tomar las decisiones y equilibrar todos los factores relevantes para valorar la mejor opción”. Por su parte, la “evaluación del interés superior” es la “valoración efectuada, excepto cuando se requiere un procedimiento de DIS, por el

En quinto y último lugar, cabe señalar que si bien, como se ha tenido ocasión de destacar, la interrupción voluntaria del embarazo supone una intervención médica, lo cierto es que no es una operación corriente. Muy al contrario, supone la finalización, de forma directa, de otro bien constitucionalmente protegido como es la vida prenatal. Y es que, como indica la STC 44/2023, de 9 de mayo³, existe un deber estatal de proteger esta vida prenatal, de tal suerte que opera como un “límite a los derechos de la mujer vinculados con la interrupción voluntaria del embarazo”.

Como se comprenderá, se trata de una problemática transversal en la que inciden multitud de principios, valores y derechos y en la que, ofrecer una respuesta jurídica adecuada, no se presenta como una tarea sencilla⁴.

II. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y SU REGULACIÓN LEGAL

1. Breve referencia a las condiciones para interrumpir voluntariamente el embarazo

En este momento, corresponde que nos refiramos a los requisitos (o, siguiendo la terminología legal, condiciones) para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo. Sobre el particular, encontramos cinco aspectos a tener en cuenta:

A) En primer lugar, la norma requiere que la intervención se lleve a cabo por un especialista, preferiblemente en obstetricia y ginecología o bajo su dirección.

personal que desempeña su actuación con respecto a niños individuales, concebida para asegurar que tal acción atribuya una consideración primordial al interés superior del niño. La evaluación puede realizarse de forma individual, o con el asesoramiento de otros, por parte de miembros del personal con el debido grado de conocimiento experto, y requiere la participación del niño”.

En iguales términos, se pronuncian Martínez García, C, del Moral Blasco, C., et al.: Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño, Save the children, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, 2017.

³ STC 44/2023, de 9 de mayo (Tol 9582039).

⁴ A este respecto, Machado Rodríguez, C. I.: “La Interrupción Voluntaria del Embarazo - IVE - como causa de ausencia de responsabilidad penal”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 31, n. 91, 2010, p. 81 pone de relieve que “La regulación del aborto, la eutanasia, el transplante de órganos, etc., son claros ejemplos de la dificultad a la que nos enfrentamos día a día juristas y médicos, no sólo por el alto componente valorativo, sino por los cuestionamientos de carácter bioético, ideológico, religioso o moral y las implicaciones jurídicas y deontológicas”.

En otros casos, no está amparado legalmente y podemos encontrarnos frente a un ilícito penal.

B) En segundo lugar, se debe practicar en un centro sanitario público o, si se trata de un centro privado, que esté acreditado. Como en el caso anterior, se trata de una medida para promover la seguridad de la mujer embarazada y del feto.

C) En tercer lugar, que se ha de realizar con el consentimiento informado de la mujer embarazada. Esta regla, no obstante, presenta dos excepciones, a saber, que nos encontremos ante un caso de “consentimiento por representación” (de los previstos en el artículo 9.3 Ley 41/2002) o de “exención del consentimiento” por riesgo grave para la integridad física o psíquica del enfermo (art. 9.2 b) Ley 41/2002).

A este respecto, conviene tener en cuenta que, tal y como señala el artículo 3 de la Ley 41/2002, el consentimiento informado aparece como un derecho de todo paciente consistente en “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”. Así las cosas, estamos ante un derecho formado por dos facultades íntimamente ligadas: la información previa y el posterior consentimiento.

En este sentido, ambas facultades tienen una relación de dependencia directa, pues no existirá consentimiento informado adecuado sin que las dos coexistan en la práctica. Dicho de otro modo, una decisión tomada sin contar con una información completa y veraz estará viciada y no podrá reputarse de libre, voluntaria y consciente.

Por lo que concierne al contenido de la información, el artículo 4 de la mencionada Ley 41/2002 indica que deberá incluir, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos⁵ y sus consecuencias. Ciertamente,

⁵ Muy interesante resulta la reflexión de Sánchez Gómez, A.: “La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho Español. Referencia legal y jurisprudencial. La *praxis médica*”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, n. 8, 2014, p. 106, a propósito de la STS de 30 de junio de 2009, sobre los riesgos típicos. Desde la postura de esta autora, muy correcta a nuestro juicio, cuando se habla de riesgos típicos se está refiriendo a todos los previsibles, pues si nos encontramos ante un riesgo imprevisible estaríamos fuera del ámbito de la responsabilidad y «podría ser calificado de caso fortuito ex art. 1105 del Código civil». De este modo, «Los riesgos de los que hay que informar, serán más o menos frecuentes, más o menos graves, pero siempre previsibles». Por todo ello, sería más adecuado referirnos a riesgos típicos y riesgos imprevisibles en lugar de riesgos típicos y atípicos.

Asimismo, muy acertadamente a nuestro parecer, destaca la doctrina que la información “sobre los riesgos de la actividad médica constituye un tema de gran actualidad, y destaca, en particular, los casos, ciertamente numerosos en la jurisprudencia, en los que la deficiente (o inexistente) información sobre los riesgos da lugar a responsabilidad civil, al margen de la corrección de la actuación médica desde el punto de vista técnico. Son estos los casos en los que fijaremos la atención, señalando la

esta declaración algo genérica se completa con las previsiones del artículo 10 de la misma norma, que destaca que la información básica comprende:

- Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- Las contraindicaciones.

Este precepto incorpora, además, dos cuestiones muy importantes en este sector. Por un lado, introduce el elemento probabilístico, en el sentido de que requiere lleve a cabo un cribado entre consecuencias o riesgos típicos (o probables) y relevantes. Discrimina, en consecuencia, los atípicos o poco frecuentes, en la medida que su comunicación puede derivar en un exceso de información y, por tanto, en un consentimiento viciado.

Por otro lado, un aspecto esencial es el relativo a la adaptación de la información al paciente concreto. Y es que, los riesgos que están presentes en muchas intervenciones suelen depender (tanto en su propia existencia como en la probabilidad de que se produzcan) de diversos factores tales como la edad, la masa corporal, los antecedentes médicos, etc. Es por ello que, a pesar de que la celeridad de la profesión sanitaria requiera del uso de documentos o formularios tipo redactados a priori para la generalidad de casos, resulta fundamental que se realice un esfuerzo por parte del médico para acomodar su contenido a las características del usuario.

En relación con la interrupción voluntaria del embarazo, interesa traer a colación el artículo 17 de la Ley Orgánica 2/2010 que se ocupa de la información en este ámbito. Como parece lógico, los datos que presta el profesional vienen referidos a los métodos para proceder a esta intervención (ya sea a través de medicamentos, de aspiración endouterina o de dilatación y evacuación), las condiciones para proceder, los centros públicos y acreditados a los que se pueden dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente. Asimismo, indica el apartado cuarto del artículo que se informará específicamente, en los

jurisprudencia más reciente, que marca ya una línea consolidada respecto a su identificación (reclamaciones basadas en la infracción del derecho a la información), aunque con la asignatura todavía pendiente de los criterios de cuantificación del daño, cuyos perfiles, a nuestro juicio, deberían estar más clarificados". *Vid.* Barceló Domenech, J.: "Consentimiento informado y responsabilidad médica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 8, 2018, pp. 285 y 286.

términos previstos en la Ley 41/2002, sobre la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

Hemos de resaltar que este precepto ha sufrido algunas modificaciones como consecuencia de la entrada en vigor de la antes citada Ley Orgánica 1/2023⁶. Entre los cambios más relevantes⁷, podemos citar la información prevista en el apartado segundo del artículo 17 (ayudas públicas, derechos laborales, etc.), ya que se contemplaba como un requisito para la interrupción del embarazo y, en la actualidad, se configura como un derecho de las mujeres de libre ejercicio.

Un hecho muy similar se ha producido con respecto al apartado tercero del mismo artículo que se ocupa de la interrupción por graves anomalías en el feto (datos sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas para el apoyo a la autonomía de personas con discapacidad). En cuanto al apartado cuarto, se ha suprimido la alusión a las consecuencias psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

En todo caso, no estamos ante derechos absolutos. Antes al contrario, como se tuvo ocasión de señalar, el artículo 9 de la Ley 41/2002 contempla dos tipos de excepciones al consentimiento: los supuestos de exención del consentimiento, en los que el profesional puede actuar sin la autorización del paciente; y los casos de consentimiento por representación, en los que es un tercero vinculado al usuario quien decide en su nombre y representación.

Igualmente, debemos mencionar la existencia del Comité clínico (art.16 Ley Orgánica 2/2010) que adquiere especial relevancia en los escenarios en los que se detectan anomalías fetales incompatibles con la vida o se observa en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico.

D) En cuarto lugar, encontramos el tema relativo a la edad necesaria para decidir en este ámbito que, como regla general, según el artículo 13 bis de la

⁶ Apunta Vela Sánchez, A. J.: "Aborto y gestación por sustitución: a propósito de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, 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", *Diario La Ley*, n. 10264, 2023, que no parece tener excesivo sentido que una mujer pueda decidir sobre la interrupción del embarazo y se le impida participar en un convenio de gestación por sustitución.

⁷ En Biurun-Garrido, A., García-Garro, V., Perelló Iñiguez, C. y Colomar-Pueyo, G.: "Reforma de la ley del aborto, Ley Orgánica 1/2023; implicaciones para la práctica profesional", *MUSAS: revista de investigación en mujer, salud y sociedad*, vol. 8, n. 1, 2023, p. 29 puede consultarse una tabla con las principales modificaciones de la Ley Orgánica para la práctica clínica.

Con respecto al ámbito laboral, *vid.* López Insua, B. M.: "Derecho a trabajar "sin dolor": la cara femenina de la incapacidad temporal tras la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, n. 2, 2023, pp. 42-59.

Ley Orgánica 2/2010, se fija en los dieciséis años. Más tarde volveremos sobre estas disquisiciones.

E) En quinto lugar, hemos de citar el mencionado plazo legal máximo para acceder a esta prestación, teniendo en cuenta que existen dos procedimientos. Por un lado, aquel en el que no se exige la existencia de causa externa alguna y que ha de llevarse a cabo dentro de las primeras catorce semanas de gestación. En todo caso, cabe señalar que el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010 ha sido modificado por la Ley Orgánica 1/2023 y que, si bien antes no era preciso demostrar una circunstancia determinada, sí se incorporaban dos medidas para “reforzar” la emisión del consentimiento informado de la mujer embarazada.

Nos referimos a la información sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y a la exigencia de que transcurriera un plazo de, al menos, tres días, desde la prestación de la citada información y la realización de la intervención.

Por otro lado, disponemos de la denominada “interrupción por causas médicas”, en cuyo caso, a su vez, hemos de realizar una subdivisión. De una parte, aquellas situaciones en las que exista grave riesgo para la vida o salud de la embarazada o de graves anomalías en el feto, en las que el plazo se extiende hasta las veintidós semanas de gestación. En el primer supuesto, debe constar este extremo en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija (salvo que exista urgencia por riesgo vital para la gestante, ya que podrá prescindirse del dictamen). En el segundo, se requieren dos dictámenes de las mismas características, sin excepción.

De otra parte, se puede practicar la interrupción, en cualquier momento, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida (y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que lleve a cabo la intervención), o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico (y así lo confirme un comité clínico).

En este punto, interesa señalar que, en realidad, si se depara con deteni-miento, se está “reduciendo”, en cierta medida, la protección dispensada al feto. Si la tutela del concebido aumenta con el paso del tiempo y, por el contrario, se limitan los derechos de la mujer embarazada, han de existir otros motivos que justifiquen la posibilidad de interrumpir el embarazo pasadas las catorce semanas.

En suma, la vida humana no depende de la existencia de una discapacidad o no, máxime tras la aprobación de la Ley 8/2021, Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas

con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que ha suprimido la atribución de capacidad jurídica. Y, en consecuencia, tampoco debería haber diferencias entre la vida prenatal en función de si sufre o no anomalías o enfermedades incurables.

Pues bien, si traemos a colación la STC 44/2023, de 9 de mayo⁸, podemos concluir que, para el Tribunal, considera que, en estos casos, la vida prenatal continúa siendo digna de protección, pero existen “valores dignos de protección que pueden oponerse”. Así las cosas, en estas circunstancias “absolutamente excepcionales”, entiende la sentencia que “imponer bajo amenaza penal la continuación del embarazo o un parto pretérmino constituye un sacrificio desproporcionado de los derechos constitucionales de la mujer”.

Como veremos, esta “rebaja” en la tutela se justifica por las especiales y excepcionales circunstancias concurrentes en aplicación del principio de proporcionalidad. No cabe admitir, sin embargo, considerar que el nacimiento de un niño, sea en las condiciones que sea, es un daño. Pero tampoco se puede obviar que, en determinados momentos o debido a los especiales cuidados (personales y económicos) que precisen, la concepción suponga una dedicación, una renuncia y un sacrificio desproporcionados.

Téngase en cuenta que, si se produjera un error en el diagnóstico sanitario podríamos encontrarnos ante una adscripción de responsabilidad⁹. Es lo que se ha venido a denominar como *wrongful birth* y *wrongful life*, en los que se plantea, fundamentalmente, la misma problemática: la determinación de si es posible reclamar cuando, debido a la ausencia de información, nace un hijo con ciertas malformaciones o con enfermedades graves.

⁸ STC 44/2023, de 9 de mayo (Tol 9582039).

⁹ Por todos, *vid.* Paños Pérez, A.: “Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Diario La Ley*, n. 8396, 2014; Vicandi Martínez, A.: “El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente”, *R.E.D.S.* n. 3, 2013, pp. 40-59; Salás Darrocha, J.T.: “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad administrativa*, n. 22, 2005, pp. 2692-2711; Elizari Urtasun, L.: “El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Derecho y Salud, Premio Derecho y Salud 2009*, vol. 19, Extraordinario XVIII Congreso, 2009, pp. 139-163; Vilar González, S.: “Responsabilidad civil médica derivada de las acciones por «*wrongful birth*» o «*wrongful life*»”, *Cadernos da Lex Medicinæ (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, n. 4, vol. II, 2019, pp. 457-464; Maciá Morillo, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

2. La interrupción voluntaria del embarazo, ¿un derecho fundamental? Entre la tutela de los derechos de la mujer y los derechos de la vida pre-natal

Como se ha dicho, las disquisiciones relativas a la interrupción voluntaria se contemplan en la Ley Orgánica 2/2010 que, siguiendo la tendencia de otros países del entorno, ofrece una regulación fuera del Código Penal cuya finalidad es “garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses en presencia, de la mujer y de la vida prenatal”. Nos encontramos, en consecuencia, ante dos intereses contrapuestos y que precisan de una solución intermedia: en suma, abogar por una interpretación que favorezca la autonomía de las mujeres y que, en la medida de lo posible, respete el bien jurídico de la vida prenatal.

En realidad, la protección de los concebidos no nacidos tiene diversas plasmaciones en nuestro ordenamiento jurídico y ha sido sostenida por el Tribunal Constitucional en diferentes pronunciamientos. En este sentido, el artículo 29 Código Civil parte de que la atribución de la personalidad y, por tanto, de los derechos que le son inherentes, se produce con el nacimiento (en términos del artículo 30 CC, desde el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno). Sin embargo, inmediatamente después de establecer esta premisa, se concede a los concebidos, al menos, “los efectos que le sean favorables”.

No especifica, ciertamente, qué se entiende por dichos efectos, pero disponemos de algunas manifestaciones concretas que ilustran estos supuestos. Por ejemplo, es el caso de las donaciones en favor de los concebidos y no nacidos, pues el artículo 627 CC permite que sean aceptadas por las personas que legítimamente los representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento. Asimismo, algo similar ocurre en relación con las herencias (arts. 958 bis a 967 CC) o con las indemnizaciones.

En definitiva, se trata de una ficción legal que afecta, fundamentalmente, al ámbito patrimonial, permitiendo la creación de un patrimonio provisional (de destino) en la medida en que sus efectos están condicionados a que se produzca el nacimiento. De hecho, incluso es posible plantear la tutela a un momento anterior al referirnos a los (todavía) no concebidos –*nondum concepti o nondum concepturi*–. En estos escenarios, las conclusiones no son tan evidentes como ocurre con los concebidos, pero es posible vislumbrar algunos resquicios (*vid.*, a modo de ejemplo, el artículo 781 CC en relación con la sustitución fideicomisaria).

Además, como es lógico, este amparo se extiende a otros ámbitos como el penal. Así, el artículo 157 CC prescribe un delito de lesiones al feto castigado,

por lo demás, con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Por lo que respecta a la doctrina constitucional, podemos citar la importante STC 53/1985, de 11 de abril¹⁰, que marcó una tendencia en este sector. De este modo, sin llegar a conocer un derecho a la vida a los no nacidos, sí recogió el deber del legislador de “ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”. Esta argumentación fue empleada, posteriormente, en las SSTC 212/1996, de 19 de diciembre¹¹ y 116/1999, de 18 de junio¹², para reconocer la necesidad de que el *nasciturus* disponga de una protección adecuada como bien jurídico constitucionalmente protegido que el legislador debe respetar y amparar.

En todo caso, como reconoce la propia Ley Orgánica 2/2010, en su Preámbulo, la forma en la que se articule la garantía de la vida prenatal “estará siempre intermediada por la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada”. La autonomía de la voluntad de la mujer al interrumpir su embarazo, cuya máxima expresión en este sector se produce con el respeto a su consentimiento informado, tiene una relación directa y dependiente con la tutela dispensada al concebido no nacido.

La determinación concreta entre ambos principios –ya sea con el establecimiento de una primacía entre ambos; ya con un sistema de ponderación–, corresponde al legislador (dentro de los márgenes constitucionales). Un marco jurídico que valore primordial y únicamente la decisión de la mujer embarazada olvidará, *per se*, la protección del *nasciturus*. Por el contrario, un régimen excesivamente riguroso en relación con el respeto a la vida prenatal constreñirá demasiado, necesariamente, el consentimiento informado de la paciente.

Desde nuestra perspectiva, quizás ninguno de los dos modelos, llevados al extremo, serían adecuados ni respetuosos con el texto constitucional. Si se quiere, en otras palabras, lo más acorde con la Constitución Española es que se conjuguen ambos derechos, tratando de alcanzar un justo equilibrio. De hecho, algo similar es lo que se deduce de la regulación ofrecida en la Ley Orgánica 2/2010 en la que, entre otras cuestiones, se incorpora unos plazos legales que

¹⁰ STC 53/1985, de 11 de abril (*Tol 79468*).

¹¹ STC 212/1996, de 19 de diciembre (*Tol 83141*).

¹² STC 116/1999, de 18 de junio (*Tol 13003*).

refrendan, de un lado, la protección del concebido y no nacido y, de otro, la autonomía de la voluntad de la mujer embarazada.

Sea como fuere, somos conscientes de que tras estas discusiones se encierran, como mínimo, dos debates que están íntimamente ligados. Por una parte, encontramos razones de orden político, social, económico, religioso, etc., que influyen inexorablemente en la consideración personal del observador. Por otra parte, surge la discusión acerca de qué se entiende por vida prenatal o, en otros términos, cuándo comienza la “vida” del *nasciturus*. Repárese en que no se trata de dilucidar el momento en el que surge la personalidad (pues, como hemos visto, se produce tras el entero desprendimiento del seno materno) ni, en consecuencia, el derecho fundamental a la vida, en *stricto sensu* del artículo 15 CE.

Realmente, consiste en descubrir el lapso temporal a partir del cual podemos afirmar que estamos ante un bien jurídico digno de amparo; esto es, en cierta medida, cuándo se puede atisbar una suerte de “persona en formación”. Claro es que, como derivación, se puede plantear el peligroso debate sobre los requisitos o condiciones para ser persona. Dicho de otro modo, qué órganos, miembros, tejidos o células se requieren para formar un ser humano.

Sin entrar en estas disquisiciones, sí interesa resaltar que la concreción de un plazo máximo para poder ejercitar el derecho (ya sea en las primeras catorce semanas u otro) no es una decisión meramente azarosa. O, al menos, no tendría que serlo, sino que debería estar basado en cuestiones científicas, médicas o biológicas¹³. En este sentido, parece que existen dos grupos de razones para marcar el citado plazo: la formación de órganos del feto y el propio tamaño del mismo. Y es que, la longitud del concebido, a partir de la semana catorce de gestación, es de entre ocho y nueve centímetros, lo cual puede resultar un impedimento para practicar la interrupción del embarazo sin poner en riesgo la integridad de la gestante.

De hecho, no hay que perder de vista que, si bien manejando otros criterios, el Código Civil, en el texto original y hasta la reforma practicada por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, requería que el feto tuviera figura humana (sea lo que fuere) y que viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno para que, a efectos civiles, se reputara nacido al feto.

¹³ Así, por ejemplo, tal y como se afirma en la STC 44/2023, de 9 de mayo (*Tol* 9582039) en relación con la interrupción por causas médicas derivadas de la existencia de anomalías fetales, es preciso un plazo de tiempo mayor porque la ciencia solamente permite detectar las mimas pasadas las catorce semanas.

En todo caso, la reciente STC 44/2023, de 9 de mayo¹⁴ ha supuesto una revolución en este ámbito al considerar que la interrupción voluntaria del embarazo es un verdadero derecho fundamental de la mujer embarazada. Así las cosas, entiende el Tribunal que se encuentra amparado en el artículo 10.1 CE (dignidad personal y libre desarrollo de la personalidad) y en el artículo 15 CE (integridad física y moral). Estamos ante una manifestación de la tendencia constitucional moderna en la que, a nuestro parecer, se han excedido de nuevo las funciones asignadas al Tribunal Constitucional (*vid.*, a modo de ejemplo, la STC 19/2023, de 22 de marzo¹⁵).

Se trata, no obstante, de una cuestión controvertida, como lo demuestra el hecho de que se formularan tres votos particulares: uno conjunto de los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño; otro de la magistrada Espejel Jorquera); y otro voto particular concurrente de la magistrada Balaguer Callejón).

La primera problemática que se plantea es la relativa a la instauración de una determinada interpretación e ideología concretas. Y, a este respecto, no cabe duda de que la creación de un derecho fundamental otorga una gran estabilidad y que su modificación o supresión no resulta sencilla. Así lo pone de relieve, por ejemplo, la magistrada Espejel Jorquera quien, recordando lo ocurrido con la eutanasia, indica que:

“la sentencia desborda los límites de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional precedentemente expuestos y, en vez de limitarse a analizar si la opción legislativa se acomoda o no a la Constitución, acaba creando, como más adelante detallaré, un pseudoderecho fundamental de la mujer a la autodeterminación para la interrupción del embarazo, no recogido en la Constitución, cuya creación, obviamente, compete al poder constituyente y no a este tribunal, lo que conduce a imponer el modelo recogido en la Ley Orgánica 2/2010 como el único modelo constitucional posible. De este modo queda «blindado» el sistema de plazos”.

Imagínese que, ante un cambio en el panorama político, se derogara la normativa actual y se aprobara un régimen más “restrictivo” de los derechos de la mujer embarazada. ¿Estaríamos ante una legislación inconstitucional por vulnerar un derecho fundamental? Y es que, la supresión de una ley concreta, no plantea excesivos problemas, pero no queda claro cómo se puede eliminar un derecho creado *ex novo* por el Tribunal Constitucional que no tiene reflejo

¹⁴ STC 44/2023, de 9 de mayo (Tol 9582039). Para más información, *vid.* Lomas Hernández, V.: “Claves de la STC 44/2023, de 9 de mayo, sobre la interrupción voluntaria del embarazo”, *El Derecho (Tribuna)*, 2023.

¹⁵ STC 19/2023, de 22 de marzo (Tol 9493276).

en la Constitución Española (más allá de un cambio en la doctrina que emana del mencionado Tribunal). De hecho, esta situación todavía puede complicarse más si el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley Orgánica 1/2023 se resuelve en unos términos similares a los descritos.

En cuanto a la ponderación entre este derecho fundamental y la vida prenatal que, como se dijo, es un bien constitucionalmente protegido, el mencionado pronunciamiento los configura como enfrentados en la práctica¹⁶, de tal suerte que este último aparece como un límite a los derechos de la mujer. No se puede obviar que, además, la tutela de la vida prenatal representa un deber estatal.

Desde este prisma, se analiza el sistema de plazos establecido en la Ley Orgánica 2/2010 con la finalidad de analizar si la opción del legislador es acorde al orden constitucional. Sobre el particular, considera el Tribunal que el régimen legal es adecuado y que satisface el deber estatal de protección. En sus palabras, destaca que el modelo previsto “constituye un sistema de «tutela gradual» de la vida del nasciturus o, más propiamente, de limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer en aras de proteger la vida prenatal”.

En este punto, únicamente resta plantear otras posibles soluciones diferentes a la seguida por el Tribunal, pues en el ámbito concreto de la interrupción del embarazo disponemos de un bien jurídico en juego: la vida prenatal. Este motivo refuerza la posición de rechazo a la configuración del derecho fundamental de la mujer embarazada por varias razones. Por un lado, porque si se quiere establecer un derecho fundamental con todas las garantías y consecuencias, entendemos que, salvo excepciones, no cabría limitar sus facultades por la incidencia de un bien jurídico que, como destaca la propia doctrina constitucional, no es una vida en el sentido del artículo 15 CE.

Por otro lado, tampoco se comprende cómo se conjuga la protección estatal del feto, enfrentada, según esta tesis, con el libre desarrollo de la personalidad de la mujer. Pareciera que la realización de esta práctica (fuera de las causas médicas) en la semana quince ya no supone el libre desarrollo de la personalidad de la embarazada y obliga al estado a actuar en defensa de una actuación contra el concebido.

Por último, las propias connotaciones que presenta una intervención que, en definitiva, supone acabar con otro bien jurídico, consideramos que impide su

¹⁶ Y ello, por más que el Tribunal Constitucional lleve a cabo un esfuerzo considerable en matizar esta cuestión. A este respecto, señala que “No cabe afirmar en modo alguno que la ley, ante el conflicto entre derechos fundamentales y bienes jurídicos que la interrupción voluntaria del embarazo genera, haya dado prevalencia absoluta a los derechos constitucionales de la mujer. Lo que hace el legislador es definir el ámbito mínimo que considera «razonable» para que la mujer tenga una oportunidad real y efectiva de hacer valer sus derechos constitucionales, sin desproteger la vida prenatal”.

incorporación en la carta de derechos fundamentales. Y es que, lo cierto es que, en circunstancias normales y sin realizar la interrupción, dicho feto se hubiera desarrollado hasta que se produjera el nacimiento y, con ello, una nueva vida. En suma, estamos ante una “vida en formación” que requiere de una observancia particular.

Actualmente, estamos ante la que podemos denominar “época de creación de derechos”, pero si nos preguntamos acerca de la finalidad que se persigue con una normativa reguladora de la interrupción del embarazo, parece lógico pensar que se trata de una ponderación adecuada entre los dos posicionamientos, de tal forma que se permita decidir a la mujer embarazada dentro de un marco regulado.

Sobre el particular, consideramos que dicho objetivo puede alcanzarse sin necesidad de recurrir a la construcción (en parte, artificiosa), de un derecho fundamental. En este sentido, al llevar a cabo la citada ponderación se ha tener en cuenta el principio de proporcionalidad (en sentido amplio y estricto) y, en definitiva, alcanzar un equilibrio entre los intereses en juego.

Ciertamente, por más que se quiera negar, estamos ante un conflicto entre dos posiciones: la de la mujer que decide interrumpir su embarazo y la del concebido no nacido. Así las cosas, se pueden ofrecer dos interpretaciones. En primer lugar, una posible solución pasa por abandonar el reconocimiento de derechos y buscar alternativas que generen una situación de cobertura equivalente. Por ejemplo, plantear la interrupción del embarazo en clave de ausencia de prohibición, es decir, de no adscripción de responsabilidad.

Por ejemplo, en los escenarios de causas médicas por existir graves anomalías en el feto, no se trata de que la embarazada ejercite un derecho fundamental a interrumpir la gestación. Tampoco se puede imponer que continúe con el embarazo, pues como afirma la STC 44/2023, de 9 de mayo¹⁷, supondría un “sacrificio desproporcionado”. Sencillamente, se permite (o, si se quiere, no se prohíbe) que se interrumpa gestación porque no se puede exigir, en dichas circunstancias, que adopte otra conducta. Igual conclusión se puede adoptar en relación con la interrupción dentro de las primeras catorce semanas de gestación en la que, además, no se requiere que exista causa alguna.

A pesar de que se considere que el lenguaje y la terminología no es relevante, tanto las normas como los pronunciamientos jurisdiccionales emiten un mensaje a la sociedad. A este respecto, interrumpir el embarazo y, por tanto, acabar con la vida prenatal, en ejercicio de un derecho (fundamental), no es

¹⁷ STC 44/2023, de 9 de mayo (Tol 9582039).

equivalente a realizarlo por la ausencia de prohibición, esto es, porque no se puede requerir que se lleve a cabo lo contrario.

En segundo lugar, desde nuestra perspectiva, la vinculación de las intervenciones sanitarias con el derecho a la integridad física y moral, siguiendo la STC 37/2011, de 28 de marzo¹⁸, habilita para formular, en todo caso, una garantía de este último; si se quiere, un derecho de carácter legal que, sin llegar a confundirse con el derecho fundamental del artículo 15 CE, permita que el paciente tome decisiones sobre su cuerpo y su salud. En los contextos más graves, por supuesto, la conculcación de este último puede comportar también la del primero, pero no en todos los supuestos.

Siguiendo esta lógica, la interrupción del embarazo aparece como una actuación médica y, como tal, encuentra su amparo en la autonomía de la voluntad, en el derecho de autodeterminación. Además, las consecuencias de no llevar a cabo la anterior práctica pueden generar un impacto negativo en la salud (física o psicológica) de la madre. Piénsese, por ejemplo, en la situación prevista en el artículo 15 a) que alude a la existencia de “grave riesgo para la vida o salud de la embarazada”. O, incluso, en el supuesto de graves anomalías o enfermedades fetales (art. 15 b) Ley Orgánica 2/2010), pues puede tener un impacto negativo en la salud mental de la gestante.

Como consecuencia, la determinación de las condiciones, plazos y demás concreciones de la interrupción del embarazo sería, dentro de unos límites, una cuestión legal, quedando la vía constitucional expedita únicamente para los escenarios más flagrantes.

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE MENORES DE EDAD Y LA POSIBILIDAD DE “MATIZAR” EL RÉGIMEN ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO

1. La regulación básica de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre

En primer lugar, conviene señalar que la Ley 41/2002¹⁹, como su propia nomenclatura pone de relieve, es una norma básica, por lo que resulta de aplicación supletoria y subsidiaria en otros ámbitos. Así se deduce de su Disposición

¹⁸ STC 37/2011, de 28 de marzo (*Tol 2084764*).

¹⁹ Como destaca parte de la doctrina, «la constitucionalización de las leyes, el reconocimiento de los derechos allí reconocidos y su garantía, la promulgación de la Ley General de Sanidad y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, suponen un hito en la historia de la

adicional segunda, al destacar que sus mandatos “serán de aplicación supletoria en los proyectos de investigación médica, en los procesos de extracción y trasplante de órganos, en los de aplicación de técnicas de reproducción humana asistida y en los que carezcan de regulación especial”.

No obstante, desde nuestra perspectiva, esta delimitación de su ámbito (subsidiario o supletorio) de aplicación no es taxativo ni representa un *numerus clausus*. Muy al contrario, es una mera enumeración ejemplificativa de sectores médicos concretos en los que cabe plantear este extremo. En este sentido, el inciso relativo a “los que carezcan de regulación especial” (que actúa, en realidad, como cláusula de cierre) debe ser matizado y anudar “o en los que la regulación especial sea incompleta o insuficiente”.

A nuestro entender, no hay otra forma cabal de comprender este precepto por varios motivos. Por un lado, porque carecería de sentido no acudir a la norma básica en un ámbito específico cuya legislación es incompleta y que no dispone de respuestas jurídicas concretas para una problemática. Si se quiere, es una conclusión obtenida, *a sensu contrario*, del aforismo *lex specialis derogat legi generali*, pues, sencillamente, en este caso la ley especial no dispone de contenido suficiente ni diferente al de la ley general.

Por otro lado, si tenemos en cuenta la propia evolución científica y médica, se comprenderá que van surgiendo (y seguirán surgiendo) diferentes sectores, técnicas y especialidades distintas a las contempladas. Una lista que pretenda erigirse como completa y cerrada está abocada al desfase y a la obsolescencia.

Y, por último, porque como prevé la Disposición adicional primera, las comunidades autónomas tienen competencias en materia de sanidad y, por tanto, aprueban disposiciones en sus respectivos territorios. Las relaciones de estas normas y la Ley 41/2002 no puede ser otra que la complementariedad y la subsidiariedad, pues corresponde a las comunidades adoptar “las medidas necesarias para la efectividad de esta Ley”.

Por lo que se refiere al consentimiento informado de los menores de edad en el ámbito sanitario, la primera cuestión que conviene aclarar es que son los titulares del derecho a la información, como se deduce del artículo 5.1 de la Ley 41/2002 cuando afirma que “el titular del derecho a la información es el paciente”. Desde esta posición, no cabe restringir este derecho en ningún caso.

Lo que sí es posible es que se extienda el campo de personas a las que se comunique dicha información cuando carezcan de capacidad para entenderla

autonomía y de la libertad personal de nuestro país». *Vid.* Reynal Reillo, E.: *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*, Navarra, Aranzadi, 2017, p. 46.

(art. 5.3 Ley 41/2002²⁰). De este modo, se estaría limitando la vertiente “negativa” del derecho, vinculada a la intimidad (art. 7 Ley 41/2002) y a la protección de datos personales.

Desde nuestra perspectiva, estas situaciones están ligadas a los supuestos de consentimiento por representación a los que nos referiremos a continuación (llevado a cabo una analogía entre los contextos contemplados en los arts. 5.3 y 9.3 c) Ley 41/2002), pues si una tercera persona (representante del menor de edad) ha de tomar una decisión en su nombre que promueva su mayor beneficio e interés (art. 9.7 Ley 41/2002), parece razonable pensar que habrán recibido una información adecuada que les permita escoger, con conocimiento, la opción idónea.

En cuanto al consentimiento, el artículo 9 de la Ley 41/2002 establece una suerte de regla general. A este respecto, fija la edad clínica en los dieciséis años, con ciertos matices y excepciones. Además, estos supuestos excepcionales pueden operar en los dos sentidos, es decir, cabe plantear casos en los que un menor de dieciséis años pueda decidir lo más oportuno para su salud; y, por su parte, otros en los que, a pesar de tener una edad igual o superior a dicha cifra, no puedan ejercitar el derecho por sí mismos.

Ciertamente, se tendría que llevar a cabo una valoración conjunta de tres criterios: la edad, la capacidad y el riesgo de la intervención de que se trate. Para ofrecer seguridad jurídica, quizás lo más idóneo hubiera sido incorporar una serie de franjas de edad a tal efecto, pero, por el contrario, la ausencia de concreción permite una interpretación más amplia que puede derivar en una mayor justicia y equidad.

A) Menores de edad con menos de dieciséis años

Con carácter general y siempre que dispongan de capacidad y madurez suficientes, serán informados y prestarán consentimiento. Claro está, por supuesto, que debe imperar la lógica y que un menor de doce años no podrá, en la generalidad de los escenarios, ejercitar el derecho sin intervención de sus representantes.

²⁰ Téngase en cuenta que hemos decidido incorporar a los menores en artículo 5.3 de la Ley 41/2002 porque consideramos que no cabe entender que se trata de sujetos “incapaces” en el sentido del artículo 5.4 de la misma norma. De hecho, tampoco este precepto resulta aplicable, en dichos términos, a las personas con discapacidad, pues, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, todas las personas tienen capacidad jurídica (sin que quepa, por tanto, incapacitar legalmente a nadie) y, en su caso, lo que procede es la aplicación de una medida de apoyo.

Y es que, resulta plausible pensar que en estos últimos los menores de edad no dispondrán de capacidad para entender los extremos asociados a la operación.

De hecho, esta conclusión se puede obtener aplicando el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, en la medida en que prevé el consentimiento por representación cuando “el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”. En este caso, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, con independencia del derecho a ser oído contemplado en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996.

Sin embargo, la conjugación este último derecho con el consentimiento por representación es, cuanto menos, compleja. No resulta sencillo determinar con precisión el alcance del derecho a ser oído cuando, en definitiva, es otra persona la que debe tomar la decisión. En todo caso, el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996 introduce, de nuevo, los criterios a los que aludíamos anteriormente en relación con el ejercicio del derecho a ser oído y escuchado, ya que prevé que será tomada en cuenta su opinión “en función de su edad y madurez”.

Cuestión que, por lo demás, se refuerza posteriormente en el apartado segundo del citado artículo 9 al señalar que se garantizará que el menor de edad pueda ejercitar el derecho “cuando tenga suficiente madurez”. Así las cosas, esta madurez “habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso”.

No obstante, este precepto introduce, *in fine*, otra regla general en el ámbito del derecho a ser oído y escuchado, pues considera que, en todo caso, el menor de edad tendrá suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Asimismo, cuando la actuación sanitaria sea de grave riesgo para la vida o salud del menor de edad, tampoco consideramos que pueda actuar de forma autónoma. Y ello, por dos motivos. Por un lado, por la propia gravedad de la intervención (ya sea por sus riesgos, consecuencias o contraindicaciones) y la importancia de los bienes jurídicos en juego (la vida o la integridad física). Por otro lado, por una mera cuestión de coherencia, pues, como tendremos ocasión de comprobar, los mayores de dieciséis años tampoco pueden consentir en estos contextos.

B) Menores de edad mayores de dieciséis años (emancipados o no)

Por lo que se refiere a los mayores de dieciséis años, ya estén o no emancipados, la norma general, como se dijo, es que sean ellos quienes decidan en el campo sanitario. Sea como fuere, en atención a lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, esta regla admite dos excepciones. En primer lugar, que no dis-

pongan de capacidad (intelectual y emocional) de comprender el alcance de la operación que se pretenda realizar. En suma, que no posean madurez suficiente para escoger una opción de forma libre, voluntaria y consciente.

En segundo lugar y con independencia de la capacidad, los menores de edad tienen una limitación y precisan de sus representantes legales cuando sea una actuación que entrañe grave peligro para su vida o salud. Al margen de que, como también indicamos, disponga del derecho a ser oído y escuchado.

C) A modo de recapitulación

De esta forma, podemos concluir que:

1º) Si nos encontramos ante una intervención que genere grave riesgo para la vida o salud del menor, siempre acudiremos al consentimiento por representación.

2º) En el resto de las actuaciones sanitarias:

- Si tiene menos de doce años, como regla general, no dispondrá del derecho a ser oído y escuchado ni podrá tomar decisiones en el ámbito médico. Solamente podrá variar esta conclusión si estamos ante un menor de edad que disponga de capacidad y madurez adecuadas.

- Si tiene entre doce y dieciséis años, podrá ejercitar el derecho a ser oído y escuchado, pero para el consentimiento informado el facultativo valorará su capacidad y su madurez, *ad casum*.

- Los mayores de dieciséis años, dispondrán del derecho a ser oído y escuchado y, con independencia de la emancipación, ejercerán por sí mismos el consentimiento informado. Para restringir este derecho y acudir al consentimiento por representación, el profesional tendrá que detectar que el menor de edad no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención²¹.

²¹ En todo caso, para Chaparro Matamoros, P.: "El aborto a petición de las menores de edad tras la entrada en vigor de la LO 1/2023, de 28 de febrero, que modifica la LO 2/2021, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo", en *La minoría de edad como factor de vulnerabilidad: desafíos presentes y futuros en el ámbito del Derecho privado*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 151-152, el legislador orgánico ha establecido una suerte de presunción *iuris et de iure* de madurez para tomar la decisión a los dieciséis años. Sin embargo, destaca el autor que esta edad no garantiza una suficiente madurez de la menor de edad y que, en aras de proteger la seguridad jurídica, se puede actuar contra la consciencia de la decisión que se tome.

2. La interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero

La cuestión relativa a la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad no es pacífica y su tratamiento ha ido variando a lo largo del tiempo. Inicialmente, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 requería la mayoría de edad para consentir estas prácticas. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010²², se modificó dicho precepto y se suprimió la referencia a la interrupción voluntaria del embarazo.

En este sentido, a pesar de que el artículo 13.3 de la Ley Orgánica 2/2010 remitía a la Ley 41/2002, su apartado cuarto incorporó una reforma importante²³. A partir de dicho momento, las menores de dieciséis y diecisiete años pudieron prestar consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo, de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. No obstante, el párrafo segundo del mencionado artículo 9.4 de la Ley Orgánica 2/2010 también estableció un matiz relevante, ya que los representantes legales debían ser informados.

Este régimen se mantuvo vigente, aproximadamente, cinco años, pues ni la aprobación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (que, entre otras, introdujo cambios relevantes en la Ley Orgánica 1/1996), ni de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (que modificó, además de otras normas, la Ley 41/2002), variaron el sistema.

A este respecto, con la entrada en vigor de 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, sí se produjo una modificación en este ámbito. Así, se suprimió el artículo 13.4 de la Ley Orgánica 2/2010 y se ofreció una nueva redacción al artículo 9.5 de la Ley 41/2002 al anudar un párrafo segundo que requería, para la interrupción voluntaria del embarazo, además de la voluntad de la menor de edad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

²² Acerca de los cambios producidos en el ámbito penal y, en particular, sobre la validez del consentimiento expreso y por escrito de las mujeres de dieciséis y diecisiete años, *vid.* Núñez Paz, M. A.: "Consentimiento y aborto en España: reforma y contrarreforma (a la luz de la inmortal STC 53/1985)", *Revista General de Derecho Penal y Criminología*, n. 22, 2014.

²³ Sobre el debate producido antes de la aprobación de la reforma de 2015, *vid.* Varela, N.: "Regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en España: un falso debate", en *La reforma del aborto en España: perspectivas de un debate (re)emergente*, Católicas por el derecho a decidir, Argentina, 2014, pp. 19-40.

Así las cosas, tras ocho años de aplicación, se ha aprobado la reciente Ley Orgánica 1/2023 que ha supuesto una revolución en este campo. Como se destaca en el Preámbulo de la primera, esta norma “revierte” la situación generada por la Ley Orgánica 11/2015 (que califica de “retroceso” y cataloga como “un paso atrás”), “devolviendo” a las menores su “capacidad para decidir libremente sobre su maternidad”. Indica el legislador que esta modificación tiene su fundamento en las observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España de 2018 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en las observaciones de 2015 del Comité CEDAW.

De esta forma, contempla dicho Preámbulo que el nuevo artículo 13 bis especifica que “las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad de consentimiento de sus representantes legales, derogando así la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre”.

Del articulado de la norma parece, en consecuencia, que existen dos grupos de menores de edad, siguiendo la regla general de los dieciséis años como edad clínica. Por un lado, las que tengan una edad inferior se registrarán por lo dispuesto en los artículos 13 c) 13 bis apartado segundo de la Ley Orgánica 2/2010, de tal forma que se precisa el consentimiento expreso del representante legal. A continuación, a modo de excepción, indica que se podrá prescindir de dicho consentimiento en los casos previstos en el artículo 9.2 b) de la Ley 41/2002 (riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, sin que sea posible conseguir la autorización). Referencia, en todo caso, innecesaria por estar ya prevista en esta última disposición e incompleta, por no añadir los supuestos de la letra a) del mismo precepto (riesgo para la salud pública).

Por otro lado, las menores de dieciséis²⁴ y diecisiete años se rigen por lo dispuesto en el nuevo artículo 13 bis apartado primero que determina que podrán interrumpir su embarazo sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales. A partir de estas premisas, se plantean varias disquisiciones.

²⁴ En relación con la decisión de esta franja de edad, señala Chaparro Matamoros, P.: “El aborto”, cit., p. 50, que “responde a una cuestión de coherencia legislativa, por cuanto supone la edad a partir de la cual se reconoce plenamente el derecho a la autodeterminación individual y a la emisión del consentimiento informado en el ámbito sanitario”. En todo caso, el autor citado pone de relieve que también se podrían aducir razones numéricas, toda vez que existen más embarazos a partir de los dieciséis años, que a edades más tempranas.

A) *La aplicación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre como criterio de corrección y el interés superior del menor de edad*

Para comenzar, a diferencia de la primera versión de la Ley Orgánica 2/2010, nada se dice al respecto de la información a los representantes del menor de edad –pues el artículo 13 bis, en su apartado primero, señala que la interrupción del embarazo se realizará “sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales”–, lo cual genera ciertas dudas. Cabe entender que, al no incluir expresamente esta alusión, no se deberá llevar a cabo la anterior actividad. Pero también se puede considerar que, ante la ausencia de mandato, quedará a decisión del profesional concreto el informar o no a sus representantes.

Esto conecta, de forma directa, *mutatis mutandis*, con lo que destacamos acerca del derecho a la información de menores de edad. Si se recuerda, cuando este último carece de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, se ha de comunicar la misma a sus representantes legales. Así las cosas, si el sanitario detecta que la menor de edad se encuentra en esta situación, consideramos que, en aplicación (supletoria) del artículo 5.3 de la Ley 41/2002, deberá informar también a sus representantes.

En otro orden de cosas, por cuanto al consentimiento se refiere, también podemos acudir a la Ley 41/2002 para “limitar” o moderar los efectos de la Ley Orgánica 1/2023. Para ello, hemos de traer a colación dos criterios que indicamos anteriormente: la capacidad y la gravedad de la intervención.

En primer lugar, con respecto a la capacidad, si se recuerda, se trata de un condicionante que tiene efectos de forma bidireccional; esto es, cabe que un menor con una edad inferior a los dieciséis años pueda ejercitar el consentimiento informado y, por su parte, es posible que uno con dicha edad no pueda llevarlo a cabo por encontrarse en la situación descrita en el artículo 9.3 c) –a saber, que “no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación”–.

Por lo que se refiere al primer grupo de menores de edad (con menos de dieciséis años), la conclusión indicada no plantea excesiva problemática, pues viene avalada en la propia Ley Orgánica 1/2023 (*vid.* art. 13 c) y, de forma expresa, en el apartado segundo del artículo 13 bis al remitir al régimen de la Ley 41/2002). Más enjundia se produce en el caso de las menores de dieciséis y diecisiete años por el tenor literal del apartado primero del artículo 13 bis que excluye, palmariamente, el consentimiento de los representantes legales.

Sin embargo, no parece tener excesivo sentido que se aplique un régimen específico para las interrupciones voluntarias del embarazo distinto al previsto,

con carácter general, para el resto de las intervenciones. No existen, a nuestro parecer, razones suficientes que justifiquen un tratamiento diferenciado ya que, si la menor de edad no dispone de capacidad suficiente para comprender el alcance de la intervención (sus riesgos, consecuencias, contraindicaciones, etc.), no podrá tomar una decisión libre, voluntaria y consciente. En definitiva, no podrá escoger la opción que sea más beneficiosa para sus intereses.

Como muy acertadamente pone de relieve López Sánchez²⁵, para determinar la capacidad que se reconoce a cada menor es necesario atender tanto a la edad como a la madurez real del mismo. En este sentido, durante la minoría de edad la capacidad no siempre es la misma, ya que el desarrollo intelectual del menor y, por tanto, su autonomía, van aumentando. Es por ello que, entre la incapacidad y la capacidad de obrar, “existe un tercer concepto que podríamos denominar capacidad limitada”.

En segundo lugar, en cuanto a la gravedad de la intervención sanitaria, hemos de partir de que, como norma general, la interrupción del embarazo no supone un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada. Sea como fuere, es posible plantear supuestos en los que, efectivamente, esta actuación entrañe un riesgo elevado para la menor de edad. En este sentido, es importante atender a las características del paciente concreto y a los riesgos específicos de estas intervenciones (trauma del cérvix, peritonitis, infección endometritis, laceración o perforación del útero, hemorragia, trauma renal, inflamación pélvica, embolismo, trombosis, esterilidad, etc.). Así las cosas, es probable que las citadas consecuencias u otras distintas estén más presentes en algunas menores de edad.

Además, otro factor que influye en este campo es la patria potestad que ostentan los progenitores sobre sus descendientes. Y es que, las relaciones familiares que surgen se enmarcan en una suerte de derecho-deber, de tal forma que, a diferencia de las facultades, el ejercicio de la misma por parte de los progenitores representa una verdadera obligación. A este respecto, afirma el artículo 154 CC que la patria potestad representa una “responsabilidad parental”, que debe llevarse a cabo en interés de los hijos, “de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”.

Entre otros deberes, el mencionado precepto incluye el de velar por ellos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. En cualquier caso, las citadas constricciones no desaparecen, incluso, cuando los progenitores son privados de la patria potestad. Muy al contrario, las mismas se mantienen, *ex* artículo 110 CC, como consecuencia de la determinación de la filiación.

²⁵ “Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores”, en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, 2012, Dykinson, Madrid, pp. 247-294.

Por su parte, los hijos han de obedecer a sus padres y respetarles (art. 155 CC), así como contribuir, equitativamente y en la medida de sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella. No concreta el Código, sin embargo, en qué medida han de cumplir los descendientes las directrices de los padres.

Lo que sí incorpora el decimonónico Código Civil es un sistema que, partiendo del artículo 12 CE, atribuye únicamente la plena capacidad a los mayores de edad y, con ciertas excepciones, a los menores emancipados. Al margen de que la actual Ley 8/2021 (y la todavía más actual Ley 6/2022) parece haber suprimido la tradicional distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, lo cierto es que, en la práctica, los hijos menores de edad (no emancipados) únicamente dispondrán de la primera, debiendo contar con la intervención de sus progenitores para llevar a cabo actos jurídicos de forma válida.

No obstante, sin perder de vista lo anterior, no se puede negar que, en determinadas circunstancias y cuando existan discrepancias entre padres e hijos, el sometimiento de estos últimos a las decisiones de los primeros bien puede conllevar, al mismo tiempo, una negación o limitación su propia autonomía de la voluntad.

En este sentido, este principio de autonomía o, si se quiere, el derecho de autodeterminación, implica que las personas puedan autogobernarse; en suma, puedan escoger, de entre las opciones vitales que se presentan, la que estimen más adecuada a sus intereses. Este derecho, si atendemos a las últimas reformas normativas, se ha vinculado al derecho a la dignidad, amparado y protegido en el artículo 10 CE. En definitiva, se está aludiendo al libre desarrollo de la personalidad como requisito *sine qua non* el ser humano no puede desenvolverse de una forma que pueda reputarse como digna.

Y es que, al margen de la restricción de facultades a los menores de edad, el ordenamiento jurídico reconoce su participación, más o menos activa, en los distintos campos de la vida. Quizás la manifestación más importante sea la prevista en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, esto es, el derecho a ser oído y escuchado (a lo que habría que añadir, para otorgar eficacia, el derecho a ser tenido en cuenta). A partir de estas premisas, el legislador ha ido aprobando disposiciones que, en función del sector concreto al que se refieren, han permitido o privado de la facultad de decisión a los menores de edad.

Sobre el particular, hay que tener en cuenta que la citada Ley Orgánica 1/1996 promueve que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se deben interpretar de forma restrictiva y, en todo caso, siempre atendiendo al citado interés superior del menor. En esta misma línea, la evolución del ordenamiento jurídico español sigue esta tendencia consistente en atribuir más ámbitos

de actuación (antes restringidos) a los menores de edad, reconociendo facultades y derechos y favoreciendo su autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. A este respecto, *vid.*, a modo de ejemplo, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI²⁶.

En todo caso, en ocasiones nos encontramos ante inconsistencias en el sistema, tales como que, por ejemplo, puedan recibir una autorización especial para usar armas (como señala el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas) y, sin embargo, precisen del consentimiento de sus representantes legales para interrumpir voluntariamente el embarazo (art. 9.5 párrafo segundo Ley 41/2002). Y, con ciertos matices, que se permita interrupción del embarazo y, sin embargo, que se excluya a los menores de edad de la práctica de técnicas de reproducción humana asistida.

Para tratar de salvar estas incoherencias, se incorpora en la referida Ley Orgánica 1/1996 el principio de interés superior del menor, “inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél”. Sobre el particular, su artículo 2 arbitra la necesidad de que el mismo sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le afecten.

Este principio²⁷ –en el caso de los hijos, *favor filii*–, recogido en distintas normas²⁸ (nacionales e internacionales), de algún modo, establece una suerte de

²⁶ Acerca del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los menores de edad y, en particular, en relación con la aprobación de la LO 1/2023 y la Ley 4/2023, afirma Chaparro Matamoros, P.: “El aborto”, cit., p. 148, que “si el legislador ha considerado oportuno que toda persona de nacionalidad española mayor de dieciséis años pueda solicitar por sí misma ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral relativa al sexo (art. 43.1 de la Ley 4/2023), parece lógico que, igualmente, pueda decidir por sí sola acerca de la conveniencia, o no, de continuar con un embarazo”.

²⁷ En puridad, aunque se hable de principio, dicha consideración debe entenderse como una mera licencia del lenguaje, ya que tiene una triple perspectiva. Por un lado, es un derecho de los menores, pues siempre deberá primarse el mismo al valorar los intereses en juego a la hora de tomar decisiones que les afecten. Por otro, supone un principio informador de todo el ordenamiento que obliga a interpretar las diferentes normas jurídicas optando, preferentemente, por la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del menor. Por último, representa una verdadera norma de procedimiento en tanto en cuanto obliga a que el proceso incluya una estimación de las posibles repercusiones de la toma de decisión en los intereses de las niñas y niños.

Como destaca parte de la doctrina «el interés superior del menor es un principio general del derecho de carácter universal, como lo demuestra el hecho de que se recoja expresamente en un nutrido conjunto de Convenciones y textos internacionales». *Vid.* Oliva Blázquez, F.: “El menor maduro ante el Derecho”, *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, n. 41, 2014, pp. 28-52.

²⁸ En este sentido, encontramos la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, los artículos 23 y 24) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

premisas sobre el tratamiento que deben recibir los mismos. A este respecto, adquiere especial relevancia la ya mencionada Ley Orgánica 1/1996 y, en su seno, el artículo 2²⁹, ya que incorpora el interés del menor como valor primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

De todo lo anterior podemos extraer que, cuando se trate de menores de edad, la interpretación que se ofrezca ha de estar presidida por la consideración del principio del interés superior del menor. Este principio viene a implicar, en definitiva, que a la hora de tomar una decisión se adopte aquella que conlleve una mayor consideración a la promoción y respeto de sus derechos. En esta línea, destacan Algarra Prats y Barceló Doménech³⁰ que “El interés del menor se ha introducido en nuestra legislación como una cláusula general, es decir, se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado. El interés superior del menor tiene como finalidad el bienestar del menor mediante la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir”. Por lo tanto, el comentado interés puede justificar que, en el caso concreto, se restrinja la posibilidad de decisión del menor de edad.

Si extrapolamos estas cuestiones a la interrupción voluntaria del embarazo, es precisamente en los escenarios mencionados (en los que se acredite que la intervención genera grave riesgo para la menor de edad atendiendo a sus peculiares circunstancias) en los que consideramos que, quizás, se puede acudir al artículo 9.4 párrafo segundo de la Ley 41/2002 y al principio de interés superior para excepcionar la aplicación de la Ley Orgánica 1/2023. En este punto, como hemos tenido ocasión de señalar, exige que se adopte la solución que genere un mayor beneficio para el menor de edad. A este respecto, en determinadas circunstancias, parece razonable pensar que el mencionado interés superior requerirá que, en contra de la voluntad de la menor de edad, decidan sus representantes legales en su nombre y beneficio.

Sociales y Culturales (en particular, el artículo 10) y la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

²⁹ Cabe destacar que este precepto ha sido modificado por la Disposición final octava de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En este sentido, el artículo 1.1 de la mencionada Ley Orgánica 8/2021 indica que tiene “La ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida”.

³⁰ “Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n. 2, 2015, p. 793.

Resulta evidente, por lo demás, que estamos ante escenarios complejos y se pueden producir una variabilidad de contextos elevada. En un extremo, podemos encontrar familias con un perfil más conservador o religioso que consideren que su descendiente ha de continuar con el embarazo por ser contraria la interrupción a su ideología, con las consecuencias que ello puede comportar. Y, en el otro punto, cabe plantear menores de edad que, por su falta de experiencia, conocimientos y madurez, entiendan que se trata de intervenciones sin demasiada relevancia y acudan a la misma con demasiada frecuencia (sin tener en cuenta por ejemplo, los efectos secundarios de la medicación).

A nuestro entender, de una forma pragmática, puede recurrirse a un criterio similar al de eficacia y eficiencia, así como a términos puramente probabilístico. Y, quizás, el porcentaje de casos como el descrito en primer lugar sea considerablemente más reducido que el segundo, máxime en una sociedad laica como la actual. Asimismo, hay que anudar los efectos que se derivan en uno y otro supuesto y determinar cuál de los dos genera más inconvenientes y perjuicios.

A mayor abundamiento, para paliar o, al menos, reducir algunos de estas consecuencias, podría plantearse, *de lege ferenda*, la inclusión de algunos mecanismos y herramientas de garantías que favorezcan la seguridad. Por ejemplo, con la incorporación de un número máximo de interrupciones voluntarias del embarazo (con algunas excepciones, como si procede de un acto delictivo) en un plazo de tiempo determinado que sea prudente.

B) Dos factores a tener en cuenta: a vueltas con la interrupción voluntaria del embarazo como derecho fundamental y la protección de la vida prenatal

Para finalizar el presente análisis, hemos de anudar dos últimas consideraciones que pueden influir de forma notable en las conclusiones obtenidas anteriormente. A este respecto, ya señalamos que la interrupción del embarazo conlleva, *per se*, la finalización de la vida prenatal. En este sentido, la decisión que toma la mujer embarazada, en ejercicio de su consentimiento informado, ha de ser consciente y madura.

Con respecto a las mayores de edad, podemos partir de la premisa de que siempre estaremos ante una paciente con capacidad para valorar y entender los riesgos, consecuencias y contraindicaciones que se derivan. Sin embargo, en el caso de las menores de edad, ello no será siempre así. Y es que, si en cualquier tipo de operación puede restringirse la autonomía de los menores de edad y, máxime, cuando existe un riesgo grave para su salud, con más motivo puede plantearse en este ámbito en el que, además, se pone en tela de juicio otro bien jurídicamente protegido.

Esta circunstancia se encuentra más patente en las menores con una edad inferior a los dieciséis años, pues la madurez y los conocimientos no siempre son los más adecuados para escoger una opción de un modo pausado y consecuente³¹.

No obstante, si seguimos la doctrina constitucional de la STC 44/2023, de 9 de mayo³², la menor de edad dispone de un derecho fundamental. En consecuencia, las limitaciones a la decisión de esta última deben interpretarse de forma todavía más restringida y las razones esgrimidas para llevarlo a cabo han de poseer una entidad suficiente. De hecho, como se indicó, la resolución del recurso de inconstitucionalidad presentada contra la Ley Orgánica 1/2023 podría incidir en esta línea.

No se trataría tanto de plantear un supuesto enfrentamiento entre el principio de interés superior de la menor de edad y su derecho fundamental, por cuanto lo que operaría sería una corrección del primero al otorgar una mayor relevancia a su autonomía de la voluntad frente a otros factores.

La situación, como se ha comprobado, es muy compleja y se torna especialmente problemática. Pero no se puede olvidar la responsabilidad de todos los operadores jurídicos a la hora de redactar, interpretar y aplicar las normas y los fallos judiciales. Si se quiere favorecer la autodeterminación de los sujetos sin límites aparentes (cuestión, cuanto menos, peligrosa), estamos en el camino correcto. Si, por el contrario, se busca conjugar este principio con otros valores y derechos se debe acotar los campos de actuación que se ceden³³.

³¹ Así, a modo de ejemplo, Font Ribera, L., Pérez, G., Espelt Hernández, A., Salvador, J. y Borrell, C.: "Determinantes del retraso de la interrupción voluntaria del embarazo", *Gaceta sanitaria: Órgano oficial de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria*, vol. 23, n. 5, 2009, pp. 415-419 concluyen que el "retraso de la IVE hasta el segundo trimestre se asoció a niveles educativos más bajos, edades jóvenes, no convivencia en pareja y centros públicos, y se demuestra la existencia de desigualdades socioeconómicas en las condiciones de acceso a la IVE".

³² STC 44/2023, de 9 de mayo (*Tol* 9582039).

³³ En contra, Torres Díaz, M. C.: "Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, 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 [BOE, n. 51, de 1 de marzo de 2023]. La dimensión constitucional de los derechos sexuales y derechos reproductivos", *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 11, n. 1, 2023, p. 161 afirma que "a expensas del pronunciamiento constitucional sobre el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la ley de 2010, bienvenida la nueva ley necesaria, pero insuficiente si a lo que se aspira es a la plena subjetividad jurídica y política de las mujeres".