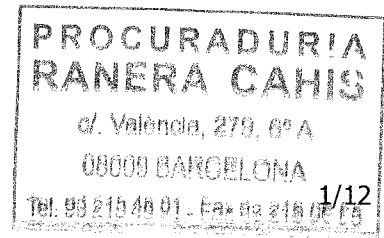


Letrado : TODA JIMENEZ, IGNACIO
Tribunal : JDO.CONTENCIOSO Nº12
Autos : 275/05-2A
Cliente : CALBO SEBASTIAN, ESTHER
Contrario: CONSEJO COL. MEDICOS DE CAT.
N/Ref. : 58.393
Observ: 11/10/2007 FINE APELAR EN SU CASO



JUTJAT CONTENCIÓS ADMINISTRATIU 12 BARCELONA
RDA. UNIVERSITAT, 18, 8A. PLANTA
08007 BARCELONA

Recurs ordinari 275/2005 Secció: 2A

Part actora : DOLORS VOLTAS BARÒ i altres

Representant de la part actora : IVO RANERA CAHIS

Part demandada : CONSELL DE COL.LEGIS DE METGES DE CATALUNYA,
COL.LEGI OFICIAL DE METGES DE BARCELONA i COL.LEGI OFICIAL DE
METGES DE GIRONA

Representant de la part demandada : FCO. JAVIER MANJARIN ALBERT

SENTÈNCIA núm. 251/2007

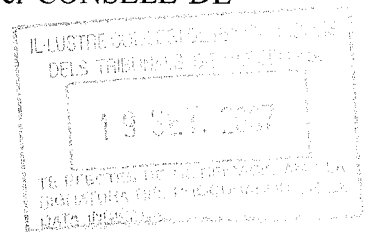
Barcelona, 17 de setembre de 2007

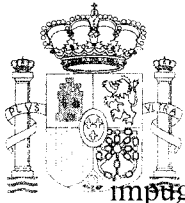
Eduard Paricio i Rallo, magistrat jutge del Jutjat contenciós administratiu nº 12 de la província de Barcelona, he vist les actuacions corresponents al recurs promogut per la metgessa Sra. DOLORS VOLTAS BARÒ i 111 metges més, contra el CONSELL DE COL.LEGIS DE METGES DE CATALUNYA.

ANTECEDENTS

PRIMER. El dia 31 de maig de 2005 va tenir entrada en aquest Jutjat l'escrit d'interposició del present recurs. Un cop admès l'escrit i reclamat l'expedient administratiu, els recurrents van formular demanda en la que van demanar sentència que anul·li el codi de deontologia impugnat o, subsidiàriament, anul·li les normes 33 i 59. L'actora fonamenta el recurs en els següents arguments: A/ Es va infringir el dret de participació dels metges col·legiats en el procés d'elaboració i aprovació del codi quan al congrés de la professió mèdica no es va incorporar cap de les esmenes presentades ni es va elaborar cap informe sobre les mateixes ni es va permetre el seu debat; B/ El fet que les normes 33 i 59 perjudiquen la pàtria potestat dels pares i tutors, impedeixen que aquests puguin conèixer les circumstàncies que afecten la salut dels seus fills i neguen el dret a consentir intervencions de risc o transcendència.

SEGON.- El Consell de Col·legis de Metges de Catalunya demandat i les representacions dels Col·legis de Metges de Girona i Barcelona que han comparegut com codemandats van formular respectivament contestació a la demanda en que, tot al·legant els fonaments que van entendre escaients a llur dret, van sol·licitar finalment la declaració d'inadmissibilitat o la desestimació d'aquest recurs, la confirmació de la resolució





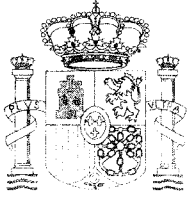
impugnada i la imposició de les costes a l'actora. Acte seguit i a proposta de les parts hom va fixar la quantia d'aquest plet com indeterminada. Oberta la fase probatòria, es va admetre i practicar la sol·licitada per les parts, amb el resultat que figura a les actuacions. Finalment, les parts van formular conclusions en què van ratificar les pretensions respectives.

TERCER. En la tramitació d'aquestes actuacions s'han acomplert les prescripcions legals.

FETS PROVATS

ÚNIC. De la documentació que integra l'expedient administratiu, i de la que ha estat aportada per les parts es desprenen els següents fets:

- En data 6 d'octubre de 2004 la comissió permanent del Consell de Col·legis de Metges de Catalunya va aprovar inicialment l'actualització del codi de deontologia - normes d'ètica mèdica anteriorment aprovat el 16 de juny de 1997.
 - En dates 19 i 20 de novembre de 2004 es va celebrar el I Congrés de la professió mèdica de Catalunya. El dia 20 a les 11'30 hores el ponent va informar sobre la gestació de l'actualització del codi de deontologia en el sentit que el juliol de 2003 es van crear uns grups de treball per encàrrec del Consell de col·legis de metges, que el projecte va ser revisat per aquests grups i per les Juntes de govern dels Col·legis, que a partir de les esmenes es va elaborar un segon esborrany, que es va inserir aquest projecte a la web dels quatre col·legis als efectes que els col·legiats poguessin presentar propostes i suggeriments, i que amb aquestes propostes es va elaborar un tercer esborrany que és el que va ser sotmès a aprovació provisional. Acte seguit es va procedir a votar la proposta de modificació de l'anterior codi.
 - En data 10 de desembre de 2004 la Sra. Dolors Voltas Baró va presentar recurs de reposició contra l'acord d'aprovació del codi deontològic - normes d'ètica mèdica, aprovat per Congrés de la professió mèdica de Catalunya. Posteriorment, en dates 20 i 24 de desembre de 2004, 24 de gener i 15 de febrer de 2005 la Sra. Voltas va aportar documents d'adhesió de diversos centenars de metges al seu recurs.
 - En data 24 de gener de 2005 el plenari del Consell de Col·legis de Metges de Catalunya va ratificar l'acord d'actualització del codi de deontologia aprovat inicialment per la Comissió permanent del Consell i posteriorment sotmès al congrés. Alhora el plenari del consell va aprovar el text refós resultant.
- Consta que la norma 33 del codi ha estat introduïda de bell nou en relació a l'anterior codi, mentre que la norma 59 no ha estat objecte de modificació respecte el redactat de l'antiga norma 52.
- En data 16 de febrer de 2005 la Sra. Voltas va interposar recurs de reposició contra l'anterior acord, recurs que va ser desestimat per resolució del plenari de data 16 de març de 2005.



FONAMENTS DE DRET

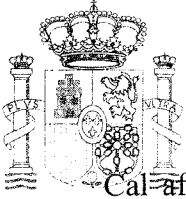
PRIMER.- SOBRE LA LEGITIMACIÓ DELS RECURRENTS I SOBRE LA NATURALESA DE LA NORMA IMPUGNADA.

Les representacions del consell i dels col·legis demandats plantegen en primer lloc un obstacle processal a la viabilitat d'aquest recurs en el sentit que els recurrents no ostenten legitimació activa. Hom assenyala que el motiu de recurs referit a la manca de participació dels actors en l'elaboració i aprovació del codi deontològic resulta absurd si aquesta al·legació la formulen metges que voluntàriament no van intervenir en el procés de presentació d'esmenes, i més encara si la fan metges que van intervenir activament. En tot cas, plantegen les demandades que la legitimació per impugnar una norma d'aquesta naturalesa correspon als col·legis professionals que conformen el consell, però no als metges individualment considerats; i que aquests tampoc no es poden atribuir la representació dels pares i tutors de menors o incapacitats.

L'article 19.1 de la Llei jurisdiccional estableix la legitimació activa de les persones físiques o jurídiques que ostenten un dret o interès legítim. La jurisprudència ha entès tradicionalment que hi ha interès legítim quan la resolució impugnada comporta un dany o un benefici per l'afectat.

Abans d'entrar en aquesta qüestió cal abordar la naturalesa del codi deontològic i la seva repercussió sobre l'esfera dels col·legiats. Les parts polemitzen en aquest sentit sobre la condició d'aquest codi com una norma imperativa, això és com norma jurídica en tota l'extensió del concepte i per tant com norma vinculant per als col·legiats individualment considerats en el seu exercici professional, o bé com una disposició no normativa que es situa essencialment en un plànol ètic. El consell demandat defensa en aquest darrer sentit que el codi deontològic no ha de ser considerat pròpiament com una disposició de caràcter general sinó en tot cas com una norma que resulta de la capacitat d'autoregulació pròpia de les corporacions de caràcter públic.

Doncs bé, no hi ha dubte que estem davant d'una norma jurídica en tant que imperativa i obligatòria pels col·legiats, i aquest fet és independent de l'origen de la norma com expressió de la potestat d'autoregulació de la corporació demandada. En efecte, les pautes de comportament ètic són, en la seva accepció genuïna, pautes que la persona s'imposa a si mateixa, pautes la qual força vinculant rau exclusivament en l'autoexigència personal de l'afectat i si es vol en la pressió social. En aquest sentit, els valors ètics són pautes assumides per l'individu de forma autònoma, en llibertat, com expressió d'una autoexigència de caràcter moral. Per contra, la norma jurídica es caracteritza pel seu caràcter heterònom, imperatiu i exigible a partir de mecanismes jurídics. En el cas que ens ocupa la imperativitat de les normes incloses al codi es desprèn clarament del seu preàmbul i alhora del fet que l'incompliment del codi constitueix una obligació i una falta disciplinària punible segons que s'estableix als estatuts dels diferents col·legis i com resulta de l'article 18 de la Llei 7/2006 (article 74 dels estatuts del Col·legi de Barcelona, articles 100.b i 101.a dels estatuts del Col·legi de Girona, articles 51, 70.2.e/ i j/ dels estatuts del Col·legi de Tarragona, i articles 54.b/, 69.2, i 69.3 dels estatuts de Col·legi de Lleida). No es tracta, per tant, d'un recull de bones pràctiques mèdiques o una mera proposta de pautes de comportament perquè siguin lliurement assumides pels metges sinó d'una norma amb plena eficàcia jurídica, una norma que afecta plenament els col·legiats en llur esfera professional, de forma que cal reconèixer un interès legitimador per a la seva impugnació.



Cal afegir que encara que la norma no tingués aquesta naturalesa jurídica, el caràcter merament ètic o moral del document no descartaria necessàriament l'interès legítim dels metges que no comparteixen unes paràmetres de comportament ètic que aprova la incorporació. Un interès que obriria per si sol les portes a aquest procés, sense perjudici de la dificultat que comportaria fiscalitzar amb paràmetres jurídics un plantejament estrictament ètic.

En definitiva, estem davant d'una norma jurídica que s'imposa als recurrents, i que defineix amb caràcter imperatiu les relacions que han de mantenir amb els pacients, de forma que cal reconèixer en efecte l'interès dels afectats als efectes de la seva legitimació processal d'acord amb allò previst a l'article 19.1.a de la Llei de la jurisdicció contenciós administrativa.

Val a dir que la legitimació establerta a la Llei jurisdiccional no depèn del grau de participació o el comportament que els afectats hagin tingut en via administrativa, en aquest cas en el procés d'elaboració del codi deontològic. D'altra banda, la legitimació establerta en aplicació de la Llei jurisdiccional no podria ser qüestionada pels estatuts del Consell de col·legis com plantegen les demandades, encara que nomé sigui per una qüestió de rang normatiu. Però és que, en primer lloc, l'article 39 d'aquesta darrera norma es limita a determinar la legitimació als efectes del recurs administratiu, no respecte el recurs jurisdiccional. En segon lloc, l'article esmentat admet plenament la legitimació individual dels col·legiats respecte els actes, acords o resolucions que afectin una pluralitat indeterminada de persones, com és el cas. Consegüentment l'article 39 dels estatuts no pot ser invocat per justificar una interpretació *contra cives* del règim general de legitimació, menys si s'afecta restrictivament un dret fonamental com ara la tutela judicial efectiva tot desconeixent el mandat de l'article 53 de la mateixa Constitució espanyola. Però és que, a banda, l'article 33 dels estatuts del Consell de col·legis de metges estableix una legitimació general referida a tots els membres del col·lectiu.

SEGON.- SOBRE LA COMPETÈNCIA D'AQUEST JUTJAT I EL TERMINI EN EL QUE S'HA INTERPOSAT EL RECURS.

Plantegen així mateix els demandats que no correspon a aquest Jutjat la competència jurisdiccional per controlar el codi deontològic si el mateix ha de ser considerat com una norma. Hom entén que en aquest cas la competència correspondria a la Sala contenciós administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

Ara bé, l'article 8.3 de la Llei jurisdiccional estableix clarament la competència dels Jutjats provincials respecte les disposicions i actes de les corporacions de dret públic que no abastin tot el territori nacional. Per tant és aquesta una atribució que inclou no sols els actes singulars sinó també les disposicions.

Així mateix qüestionen les demandades el fet que aquest recurs jurisdiccional s'hagi interposat dins del termini establert a l'efecte. En aquest sentit es posa de manifest que l'aprovació del codi es va produir per acord de 24 de gener de 2005, essent així que el recurs no es va presentar fins el 31 de maig.

Segons que ha quedat acreditat, en data 16 de febrer de 2005 els actors van interposar recurs de reposició contra l'acord d'aprovació definitiva del codi adoptat el 24 de gener de 2005. Aquest recurs administratiu va ser desestimat per resolució de 16 de març de 2005, i és contra aquesta darrera resolució que la Sra. Voltas i altres metges van interposar aquets recurs jurisdiccional. Consta que la resolució impugnada -això és, la desestimació



del recurs de reposició- va ser comunicada a la Sra. Voltas en data 22 d'abril de 2005, i aquest recurs jurisdiccional va ser interposat en data 31 de maig, dintre del termini de dos mesos establert a l'article 46 de la Llei jurisdiccional.

Cal afegir que no consta que el codi deontològic hagi estat sotmès a publicació en diari oficial, de forma que el còmput del termini per impugnar no pot preclure.

D'altra banda, la demandada remarca el fet que l'acord impugnat no fa sinó modificar un codi que s'havia aprovat el 16 de juny de 1997, de forma que en tot cas el recurs s'hauria de limitar a les modificacions introduïdes de bell nou, això és, a la norma 33; però no resulta admissible respecte la norma 59, que no s'ha modificat.

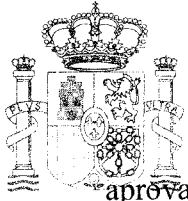
Ara bé, l'objecció d'extemporaneïtat és intrínsecament una objecció de caràcter jurídic formal, i el cas és que l'acord impugnat -allò que va aprovar el consell demandat- no és només una modificació del codi de 1997 sinó també el text refós resultant, de forma que des d'un punt de vista formal hi ha un nou text general que incorpora i ratifica la norma 59. Text refós formalment nou que obre la possibilitat, també formal, d'impugnació.

TERCER.- SOBRE EL PROCÉS D'APROVACIÓ DE LES NORMES DEONTOLÒGIQUES.

Els recurrents qüestionen el conjunt del codi deontològic per infracció del dret de participació dels metges col·legiats en el procés d'elaboració i aprovació de la norma, en el ben entès que el congrés de la professió mèdica no va incorporar cap de les esmenes presentades, ni va elaborar cap informe sobre les mateixes, ni va permetre el seu debat.

El consell demandat defensa que el codi deontològic no està sotmès a un procediment d'elaboració predeterminat normativament. Alhora s'afegeix que la competència per aprovar el codi correspon al Consell de col·legis de metges i no al congrés de la professió, de forma que la submissió del codi al congrés i la possibilitat de presentar esmenes que es va obrir respecte els col·legials van ser actes discrecionals. Hom afegeix que els metges singularment considerats no tenen un dret preestablert respecte l'elaboració de les normes deontològiques, circumstància que comporta l'absència d'un dret específic a presentar esmenes. Així mateix s'al·lega que després de tot els metges van poder presentar esmenes i aquestes van ser tractades pels òrgans interns que gestionaven el procés. Una altra cosa és que no s'admetessin aquestes esmenes. Finalment el Consell de col·legis de metges posa de manifest que l'article 19 del reglament del congrés no imposava el debat del codi. Doncs bé, en primer lloc cal remarcar que el Consell de col·legis de metges de Catalunya té la consideració d'una corporació de dret públic d'acord amb allò previst a l'article 15.2 de la Llei 13/82 vigent en el moment dels fets, de forma que es regeix plenament pel dret administratiu quan actua en els seves funcions de caràcter públic, com succeeix en el cas que ens ocupa (article 18). Per tant, ja d'entrada el procediment de formació de la voluntat del Consell de col·legis de metges queda pautat segons les regles específicament establertes en la normativa pròpia o, en el seu defecte, per la normativa general de procediment i règim jurídic de les administracions públiques en els termes de la disposició transitòria primera de la Llei 30/92, dels articles 48 i 51 del Decret 329/83, els articles 4 i 34 dels Estatuts del Consell demandat, com ha vingut a reconèixer posteriorment l'article 66 de la Llei 7/2006.

Certament l'article 42 d'aquesta darrera Llei ha definit el procediment específic d'aprovació de disposicions de caràcter general per part dels col·legis i els consells de col·legis, encara que aquesta norma no estava vigent en el moment que es va tramitar i



aprovar el codi impugnat en aquest procés. Així doncs, atès que no hi havia una regulació específica a la normativa pròpia dels col·legis professionals ni tampoc als estatuts del consell demandat, cal estar al règim establert a la normativa bàsica -la Llei 30/92- i singularment a la Llei 13/89 de règim jurídic de la Generalitat de Catalunya.

Hi ha, en conseqüència, un procediment pautat i aplicable a l'elaboració de normes per part del Consell de col·legis que és essencialment el que s'estableix als articles 63 a 66 de la darrera norma citada.

Doncs bé, els preceptes esmentats estableixen un procediment d'elaboració de normes però no inclouen cap referència específica a la participació dels afectats. En aquest sentit, l'article 64 de la Llei 13/1989 es limita a preveure un tràmit de participació corporativa que tampoc no resulta exigible en tots els casos.

Certament els col·legis professionals i els consells de col·legis estan dissenyats constitucionalment com institucions democràtiques i representatives, de forma que la participació del col·legiats és un principi general implícit en la mateixa institució, principi que troba suport en el dret fonamental de l'article 23 de la Constitució espanyola i l'article 86 de la Llei 30/92. Ara bé, com s'ha avançat no hi ha una forma específica de participació preestablerta.

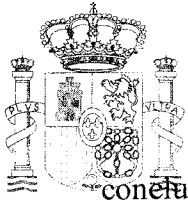
En el cas que ens ocupa consta que el Consell va sotmetre el projecte a les esmenes i observacions dels col·legiats en general i a més el va sotmetre al congrés de la professió, de forma que es va articular un procés de participació que va culminar amb la possibilitat de presentació d'esmenes i la consideració de les mateixes per la comissió i els diferents grups redactors. Es va acomplir per tant el principi de participació democràtica en el ben entès que aquest principi no comporta l'acceptació obligada de les esmenes ni tampoc la necessitat de desestimació expressa i raonada de les mateixes.

D'altra banda, si bé es cert que als estatuts del congrés es pot constatar una contradicció entre els plantejaments dels articles 5.2 i 19 pel que fa a la necessitat de deliberar el projecte de codi abans de la seva votació, cal remarcar que l'article 19 -que no incorpora la deliberació- és més específic que el primer i per tant, d'aplicació preferent.

Sigui com sigui, la competència per elaborar el codi deontològic correspon al Consell de col·legis de metges i no al congrés de la professió segons que establia en el seu moment l'article 16 de la Llei 13/82 i a l'article 7.c/ dels estatuts del mateix Consell de col·legis de metges, de forma que una eventual irregularitat en la tramitació del projecte de codi en el seu pas pel congrés no afecta la validesa de l'acord del consell que finalment aprovà el codi impugnat.

QUART.- SOBRE LA TENSÍO ENTRE ELS DRETS AUTÒNOMS DEL MENOR I LA PÀTRIA POTESTAT I SOBRE LA INCIDÈNCIA DEL PRINCIPÍ DE JERARQUIA NORMATIVA.

El consell demandat considera que el caràcter tradicional de la pàtria potestat ha estat superat per donar lloc a un reconeixement dels drets dels menors d'edat madurs, com queda palès en diverses manifestacions legals que admeten la plena auto-representació del menor respecte situacions com ara el consentiment de la pròpia adopció (art. 121 del Codi de família), el consentiment de la relació sexual (article 181 del Codi penal), l'atorgament de testament notarial (article 104 del Codi de successions), el consentiment d'obligacions personals (art 159 CF) o la capacitat per administrar bens (article 149 CF). La demandada extreu d'aquesta situació no uniforme respecte la capacitat jurídica del menor una



confusió general en el sentit que aquesta capacitat cal graduar-la en funció del desenvolupament del menor. Correlativament, l'abast de la pàtria potestat queda igualment modalitzat per la maduresa del menor o tutorand. Hom apel·la en aquest sentit als articles 162 i 267 del Codi civil, i al principi d'interpretació favorable a l'autonomia del menor que formula l'article 2.1 de la Llei orgànica 1/1996.

Certament les dos normes específicament impugnades en aquest recurs s'emmarquen en la tensió entre els drets autònoms dels menors d'edat -drets que eventualment es projecten precisament front els pares o tutors- i la pàtria potestat. Així, en el debat que ens ocupa entra en joc d'una banda el dret a la intimitat i l'autonomia dels menors respecte allò que afecti la seva salut i la seva integritat física, àdhuc la seva llibertat de consciència, però també queda afectat el dret i el deure dels pares o tutors de protegir els menors al seu càrrec i a vetllar pel seu desenvolupament.

La pàtria potestat queda definida a l'article 133 del Codi de Família de Catalunya com un funció que els pares exerceixen respecte els menors i que comporta l'obligació de vetllar pels mateixos en el seu benefici. En termes de l'article 154 del Codi Civil, els fills no emancipats estan sota la pàtria potestat dels seus progenitors. Per la seva banda, l'article 18 de la convenció dels drets del nen (conveni ratificat mitjançant instrument de 30 de novembre de 1990) disposa que incumbeix als pares la responsabilitat primordial en la criança i desenvolupament del nen, i específicament el deure d'assegurar el mes alt nivell possible de salut i el gaudi des serveis sanitaris (article 24).

Així doncs, la pàtria potestat es configura essencialment com una funció tutelar que s'expressa simultàniament en drets i deures per les dos parts. Així, des de la perspectiva paterna no s'ha d'interpretar la pàtria potestat exclusivament com un seguit de deures tutelars, sinó també com un dret dels pares respecte la seva descendència a la que queden lligats genètica i emocionalment, un dret a projectar en els fills la pròpia personalitat, els valors, les creences i la cultura propis.

Ara bé, com és natural la pàtria potestat no és una facultat absoluta. Hi ha limitacions que s'estableixen precisament per protegir la personalitat del menor front els mateixos pares. En aquest sentit, la mateixa legislació civil imposa una forma específica d'exercir la pàtria potestat, això és, la necessitat d'escoltar al menor o de tenir en compte la seva personalitat. Cal remarcar en aquest punt que no hi ha a la legislació civil una norma que declari de forma expressa la incapacitat del menor per obrar vàlidament, així ho recorda la resolució de la Direcció General de Registres i Notariat de 3 de març de 1989, de forma que la pàtria potestat és una facultat que es superposa sobre una inicial, encara que tutelada, capacitat del menor. En aquesta línia, l'article 2 de la Llei Orgànica 1/96 de protecció jurídica del menor imposa una interpretació restrictiva de les limitacions de capacitat d'obrar del menor. Però partint del seu reconeixement implícit.

Singularment i en allò que afecta a aquest procés cal tenir en compte les limitacions de la pàtria potestat establertes a l'article 155 del Codi de família -article 162 del Codi Civil-, i concretament la limitació a la capacitat de representació legal dels menors respecte els actes relatius als drets de la personalitat, entre els que es troben els drets del menor que ens ocupen (STC n° 154/2002). Ara bé, el fet que els menors siguin titulars plens dels seus drets fonamentals i llibertats públiques significa que en aquests extrems la facultat de disposició no queda sense més en mans dels pares o tutors, però tampoc exclou l'exercici de la pàtria potestat, de forma que en paraules de la sentència del Tribunal Constitucional n° 141/2000 la "*incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos y libertades fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar*". Val a dir que l'article 155



del Codi de Família exclou de la pàtria potestat la representació legal respecte els drets de la personalitat del menor, però no nega la funció tutelar dels pares en aquest àmbit.

A banda, cal afegir les limitacions que s'imposen a partir d'altres Lleis. Així, La Llei orgànica 1/96 de protecció jurídica del menor i l'article 5 de la Llei 41/2002 de l'autonomia del pacient, que estableixen el ple dret del menor a rebre la informació que l'afecta, l'article 9 d'aquesta darrera norma i article 7.2.d/ de la Llei catalana 21/2000 respecte el dret del menor per consentir els tractaments o les operacions.

Estem en conseqüència davant d'una tensió complexa i matisada entre l'abast de les facultats inherents a la pàtria potestat i els drets autònoms del menor, tensió que no té una solució unívoca sinó que la legislació ha de definir en funció de les circumstàncies.

Doncs bé, el cas és aquest joc d'aquests valors - la delimitació en l'abast d'uns i altres drets - es defineix en normes amb rang formal de Llei, com no podria ser d'altra forma atesa l'afectació de drets fonamentals (article 53 de la constitució espanyola). És una norma amb rang formal de Llei la que defineix la pàtria potestat, i només una norma amb el mateix rang pot establir una delimitació negativa d'aquesta funció.

Certament la jurisprudència ha admès un ampli marge d'actuació a les normes emanades de corporacions públiques com ara el Consell de col·legis de metges, una llibertat que arriba fins i tot a matèries tradicionalment reservades a la llei com ara la tipificació d'il·lícits (STC nº 218/1989). Ara bé aquesta possibilitat queda constrenyida a allò que és propi d'aquestes corporacions que és la regulació de relacions de subjecció especial. Però el cas és que el codi ètic no sols afecta les relacions internes del col·lectiu mèdic sinó que afecta a tercers, i concretament incideix en la delimitació dels drets dels pares respecte els fills i viceversa. Aquesta és una matèria que excedeix l'àmbit intern de la professió mèdica per afectar l'estatut general de menors i de pares. Una matèria que afecta valors de gran transcendència de forma que la seva regulació l'ha de dur a terme el conjunt de la societat mitjançant un exercici essencialment polític, això és, mitjançant una Llei formal. Així doncs, les normes impugnades seran admissibles en la mida que reproduïxin o trobin empara en les Lleis vigents, però si introdueixen una nova delimitació en l'abast dels drets del menor i respecte la intervenció dels pares en la presa de decisions que afecten els seus fills, el codi resultarà il·legal per confrontació amb el Codi de Família de Catalunya, i per invasió en una matèria reservada a la Llei formal.

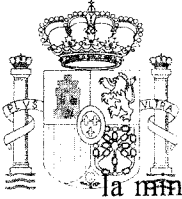
CINQUÈ.- EL DRET A LA INTIMITAT DEL MENOR FRONT ELS PARES

L'actora qüestiona de forma singular les normes 33 i 59 del Codi impugnat. La primera d'elles disposa el següent:

“El metge, en cas de tractar a un menor d'edat i quan el consideri amb suficients condicions de maduresa, haurà de respectar la confidencialitat envers els pares o tutors i fer prevaler la voluntat del menor.”

Per tant, la norma 33 es refereix d'una banda al dret a la intimitat del pacient menor d'edat, i d'altra banda a l'autodeterminació del menor front els seus pares o tutors.

Respecte el dret a la informació i a la intimitat, el Consell demandat indica que el subjecte de tots dos drets és el pacient, de forma que tan sols en casos de consentiment del mateix o en casos d'incapacitat procedeix la informació a altres persones o al representant legal. En aquest sentit invoca l'article 7 de la Llei estatal nº 41/2001 tot entenent que l'excepció referida als pacients incapaços s'ha d'entendre com una incapacitat material -això és, la incapacitat de coneixement- i no a la incapacitat legal ni a



la minoria d'edat. Finalment, s'afegeix que aquesta norma no es refereix a les situacions d'embaràs, esterilitzacions, assaigs i pràctica de tècniques de reproducció assistida, situació que es regula específicament a la norma 59.

Respecte les situacions descrites en darrer terme la demandada admet que procedeix en tot cas la informació als pares o tutors.

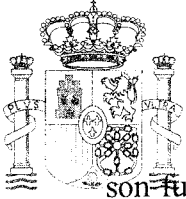
Ara bé la interpretació que es desprèn del joc de les normes 33 i 59 no és el que efectua la demandada. La norma 33 disposa que, un cop constatada la maduresa del menor, procedirà sense més mantenir la confidencialitat de la informació, sense que hi hagi excepcions previstes a l'efecte. Per la seva banda, la norma 59 es refereix al consentiment, i no a la informació o a la confidencialitat, de forma que no introdueix un regim específic sobre la informació sinó sobre el consentiment. El resultat és que davant d'un menor que el metge consideri madur no correspon recavar el consentiment dels pares o tutors -norma 59-, ni tan sols és possible informar-los -norma 33-.

No hi ha dubte sobre el dret del menor a ser informat, dret que es deriva de la normativa ja esmentada i també dels articles 5 de la Llei Orgànica 1/96 i 25.2 de la Llei 8/1995 d'atenció i protecció de nens i adolescents. La qüestió és en quina mida aquesta informació al menor exclou la informació als pares o tutors. Això és, en quina mida es pot establir un àmbit d'intimitat del menor front els pares.

L'article 4 de la Llei orgànica 1/96 reconeix genèricament el dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge del menor. Ara bé, cal determinar si aquest dret és absolut i opera també front els pares o tutors, i la resposta ha de ser negativa doncs no seria raonable un dret absolut a la intimitat front els pares sense valorar circumstàncies com ara l'edat o la maduresa del menor, les situacions concretes que han de ser objecte d'informació, o el risc que assumeix el menor. Per tant, aquest dret cal entendre'l formulat essencialment front tercers, i només de forma relativa front els pares.

Doncs bé, la norma 33 impugnada certament inclou una ponderació de la maduresa, el que inicialment és un plantejament encertat segons que s'ha vist. Ara bé, en primer lloc s'ha avançat també que el joc entre l'abast dels drets del menor i l'abast de la pàtria potestat - això és, la limitació de la pàtria potestat en favor dels drets fonamentals del menor- s'ha de fer per norma amb rang de Llei sense que un reglament aprovat per una corporació pública i adreçat a la regulació d'una professió sigui la norma adequada a la dimensió dels valors que queden afectats.

En segon lloc, cal posar de relleu que la decisió sobre la maduresa del menor queda en mans del metge, sense garantia de que la decisió es prendrà amb la informació adient. Val a dir en aquest sentit que la professió mèdica evoluciona molt ràpidament i en aquest moment la progressiva proletarització d'una part significativa de la professió, la irrupció en l'àmbit sanitari d'organitzacions que es mouen en el marc d'una ètica estrictament empresarial i competitiva, o la manca de relació sostinguda entre metges i pacients son fenòmens que permeten el dubte sobre la capacitat del facultatiu de valorar la maduresa d'un menor que veu per primer cop en el servei d'urgències, en el moment de la consulta o en el de la intervenció. Cal tenir en compte en aquest punt que la decisió del metge en el sentit de negar la informació als pares deixa a aquests en una indefensió absoluta, doncs els és impossible reaccionar, demanar una segona opinió, exposar les seves raons al menor o fins i tot demanar la intervenció diriment de qui assumeix aquest funció en cas de conflicte que és el Jutge civil d'acord amb els articles 154 i 158 del Codi Civil. La manca d'informació justament tanca ja d'entrada la possibilitat que els pares puguin garantir que la informació que rep el menor sigui veraç, o que aquest exerceixi la seva llibertat de consciència en una forma que contribueixi al seu desplegament integral, que



son funcions que els atribueix els articles 5 i 6 de la Llei orgànica 1/96. Però és que, a més, en els termes que està redactada la norma 33, el mer judici de maduresa impedeix al metge informar als pares, quan la legislació imposa la seva intervenció necessària àdhuc en el cas que el menor sigui major de 16 anys i madur (article 9.3.c de la Llei 41/2002 d'autonomia del pacient).

Així doncs, la norma 33 del codi deontològic situa al metge en una posició diriment en el conflicte entre pares i fills, funció que no li és pròpia.

En definitiva, si com s'ha dit abans en paraules del Tribunal Constitucional els menors tenen indubtablement dret a la informació i a la intimitat, però aquests drets no exclouen d'entrada la pàtria potestat, cal admetre que una norma col·legial que permet negar la informació als pares no resulta admissible sense una cobertura legal expressa. Per tant, la norma és plenament acceptable en allò que es refereix al deure d'informar al menor, però no en allò que imposa la confidencialitat respecte els pares o tutors.

Segurament seria desitjable una regulació específica que reforci la posició del menor i defineixi el seu grau d'intimitat front els pares, però aquesta norma haurà de ser matisada, i probablement haurà de tenir en compte circumstàncies com ara l'edat del menor i no sols la seva maduresa aparent, o la gravetat del risc. No és el mateix la confidencialitat de la informació en el subministrament d'una píndola de l'endemà que en l'assistència en una intoxicació etílica o per estupefaents, que l'assistència reiterada en aquesta situació, que una operació de cirurgia estètica, o un avortament, o un diagnòstic d'una malaltia amb repercussions vitals. És en aquest context que no resulta admissible una norma sense el rang formal exigible, menys si es tracta d'una norma genèrica i sense matisos que tracta de froa uniforme situacions tan variades.

SISÈ.- EL DRET A L'AUTODETERMINACIÓ DEL MENOR I EL CONSENTIMENT

El darrer incís de la norma 33 disposa que quan el metge aprecii suficients condicions de maduresa del menor haurà de fer prevaler la seva voluntat. Aquest plantejament respon a un pressupòsit de fet que és el previ coneixement de la situació per part del menor i per part dels seus pares o tercers, i alhora una discrepància sobre el tractament o la intervenció mèdica subsegüent.

La qüestió es refereix al consentiment informat, de forma que cal estar al règim establert a la legislació en aquest extrem. Ja s'ha argumentat abans que el Codi de Família i el Codi Civil no inclouen els drets de la personalitat dins la facultat general de representació dels pares respecte el menor. Ara bé, l'article 9.3 de la Llei 41/2002 i els correlatius articles 6 i 7 de la Llei catalana 21/2000 disposen un règim específic a l'efecte, en el sentit que el consentiment s'atorga per representació quan el menor d'edat no sigui capaç intel·lectualment o emocionalment per comprendre l'abast de la intervenció, situació en la qual el consentiment correspon al representant legal del menor si te dotze anys complerts o està emancipat. Si el menor no està incapacitat i és major de setze anys, el consentiment li correspon en tot cas. Finalment, si la intervenció és de greu risc, els pares han de ser informats i escotats necessàriament.

Així doncs, el règim establert a la legislació general és més matisat que no pas el que queda reflectit a la norma impugnada. El dubte que poden plantejar la Llei 41/2002 i la Llei 21/2000 és si en els casos en que resulta necessari el consentiment del menor aquest consentiment desplaça el patern o s'afegeix al mateix, de forma que calgui un doble consentiment. La redacció de la Llei 41/2000 sembla apuntar més a un desplaçament del



consentiment que no pas a un doble consentiment, una interpretació que cal acollir d'acord amb el principi d'interpretació favorable al menor de l'article 2 de la Llei Orgànica 1/96.

Sigui com sigui, el plantejament de la norma 33 resulta excessivament genèric respecte el règim legal de consentiment. Per començar el codi deontològic disposa el desplaçament del consentiment al menor sobre la base d'un judici de maduresa del mateix, mentre que les lleis es refereixen al concepte de comprensió intel·lectual i emocional. És possible la idea de maduresa sigui més exigent que no pas la de mera comprensió, però en tot cas, sigui a favor o en contra del menor, el plantejament del Codi deontològic es separa del plantejament legal en aquest punt. En segon lloc, les Lleis graduen el desplaçament del consentiment segons l'edat, de forma que als 12 anys cal escotar al menor i a partir dels 16 anys el consentiment correspon al menor, graduació que la norma impugnada desconeix.

En definitiva, el tractament de la norma 33 és diferent i més genèric que el tractament legal, de forma que cal admetre també el recurs en aquest extrem atès que segons que s'ha argumentat, el codi deontològic no pot modificar el plantejament de les Lleis.

SETÈ.- ELS SUPÒSITS ESPECIALS D'AVORTAMENT I ESTERILITZACIÓ.

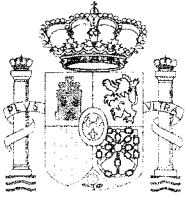
La segona de les normes singularment impugnades és la número 59, que disposa el següent:

“El metge no practicarà mai cap interrupció de l'embaràs o esterilització sense el consentiment lliure i explícit del pacient, donat després d'una acurada informació, en especial quan aquest sigui menor, però amb capacitat per comprendre allò que consent. Quan no hi hagi aquesta capacitat, caldrà el consentiment de les persones vinculades responsables”

El consell demandat planteja respecte d'aquesta norma que el consentiment correspon inexcusablement al pacient menor d'edat llevat que no sigui capaç intel·lectualment o emocionalment de comprendre al situació, de forma que llevat aquest supòsit el consentiment correspon en als menors.

L'article 9.4 de la Llei 41/2002 remet els supòsits d'interrupció de l'embaràs, la pràctica d'assaigs clínics i la pràctica de tècniques de reproducció humana assistida al règim general de majoria d'edat, remissió no gaire útil si com s'ha dit en el cas dels drets de la personalitat no opera el règim de representació dels pares o tutors. Per tant, en els casos esmentats i també en el supòsit d'esterilització caldrà estar al règim general del consentiment del menor que s'ha glossat al fonament anterior.

La norma 59 no segueix el plantejament de la Llei 41/2002 ja que imposa en tot cas el consentiment de menor. Tan sols admet un consentiment complementari de persones vinculades en els supòsits en els que el menor no tingui capacitat per comprendre allò que consent. Ja s'ha vist com en el règim general hi ha supòsits en els que el consentiment correspon exclusivament a pares o representants legals independentment que aquests hagin d'escotar i informar al menor. D'altra banda, novament el regim legal és més exigent, doncs en tot cas la capacitat de comprendre del menor ha de ser no sols intel·lectual sinó també emocional, i alhora el consentiment ha de correspondre en tot cas als representants legals del menor, mentre que la norma impugnada es refereix al concepte més genèric de persones vinculades responsables.



VUITÈ.- COSTES

No s'aprecien en aquest cas les circumstàncies determinants de la condemna en costes sol·licitada.

Atesos els fonaments esmentats,

DECIDEIXO:

Primer.- Desestimar les causes d'inadmissibilitat d'aquest recurs plantejades per les demandades.

Segon.- Estimar parcialment el recurs interposat per la metgessa Sra. DOLORS VOLTAS BARÓ i 111 metges més contra el codi deontològic aprovat pel Consell de Col·legis de metges de Catalunya en data 24 de gener de 2005 i anul·lar les normes 33 i 59 de l'esmentat codi i desestimar les restants pretensions, sense pronunciament sobre les costes processals.

Contra aquesta sentència es pot interposar recurs ordinari d'apel·lació de conformitat amb allò que preveu l'article 81 de la Llei jurisdiccional.

Uniu un testimoniatge d'aquesta Sentència a les actuacions.

Així ho pronuncio, ho mano i ho signo.

PUBLICACIÓ. Faig constar que avui el magistrat jutge ha llegit i publicat aquesta Sentència en audiència pública. En dono fe.