

# **LOS DERECHOS SEXUALES Y DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DE LOS MENORES DE EDAD Y LA VALIDEZ DE SU CONSENTIMIENTO DESPUÉS DE LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS**

**TRABAJO GALARDONADO CON EL PREMIO DERECHO Y SALUD 2016**

*Gloria González Agudelo  
Profesora de Derecho Penal  
Universidad de Cádiz*

**SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. DERECHOS SEXUALES Y DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DE LAS/LOS MENORES DE EDAD:** 2.1. ¿Son el reggaetón, el perreo, la lambada, el Twerking, la champeta ..., delictivos?, 2.2. Criminalización por extensión; **3. EL MENOR MADURO Y SU CAPACIDAD PARA DECIDIR:** 3.1. Las capacidades evolutivas y la autonomía progresiva, 3.2. La regla del menor maduro; **4. LA SUSTITUCIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE EL/LA MENOR DE EDAD Y EL PRINCIPIO DEL “SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR”;** **5. LÍMITES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN EN MATERIA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DEL MENOR DE EDAD:** a) Consentimiento informado, b) Consentimiento por representación, c) Consentimiento del menor de 16 y 17 años, d) Consentimiento de los representantes legales para abortar, e) El mayor beneficio para la vida o salud del paciente, f) Anticoncepción y prevención y tratamiento de las ETS; **6. REFLEXIONES FINALES; 7. BIBLIOGRAFÍA .**

## **RESUMEN<sup>1</sup>**

La elevación de la edad del consentimiento sexual y las modificaciones en materia de aborto que afectan a las menores de 16 y 17 años, son solo dos de las reformas más visibles de las realizadas en el año 2015 en el ámbito de los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva de los menores de edad. Adicionalmente, a través de una labor exhaustiva y sistemática, se

reformaron todas las normas que directa o indirectamente pueden dar lugar a considerar la autonomía de el/la menor de edad en la toma de decisiones relevantes en esta materia, especialmente en el Art. 9.3 L 42/2002 de autonomía del paciente, buscando excluir o limitar la capacidad de decisión de estos. Este artículo muestra las consecuencias jurídicas y criminológicas, personales y sociales de esta opción político-criminal y propone algunos criterios para dotar de efectos jurídicos al consentimiento del menor de edad en el marco de una teoría de los derechos constitucionalmente fundada.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido desarrollado en el marco de la subvención PRX 14/00721 para movilidad de Profesores e investigadores del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en el año 2015

## PALABRAS CLAVE

El menor de edad, el consentimiento, el consentimiento por representación, el consentimiento sexual, derechos sexuales, derechos de salud sexual y reproductiva, aborto, sida, pederastia.

## ABSTRACT

In year 2015 two main changes were implemented in the field of sexual rights and sexual and reproductive minors health: raising the age of sexual consent as well as changes on abortion affecting under 16 and 17. In addition, throughout a exhaustive and systematic task, all rules that directly or indirectly may lead to consider the autonomy of the minor in the relevant decision-making in this area were also reformed, in special the article 9.3, L 42/2002. The goal was clear: exclude or to limit the capacity of decision of minor. This paper shows the legal, individual and social consequences of this criminal policy option and proposes some criteria to give legal effect to the consent of the minor in the context of a theory of rights constitutionally founded.

## 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de 2015 se concretaron una serie de cambios legislativos importantes, algunos de forma subrepticia, en aspectos esenciales que afectan los derechos del menor de edad y su capacidad de decisión, especialmente en relación con los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva (en adelante DSSR), que junto a las restricciones ya existentes en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, BOE 65 de 16 de marzo de 2007 y la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126 de 27 de Mayo, permiten deducir una clara intencionalidad de eliminar o limitar la capacidad del menor en la toma de decisiones relevantes en esta materia.

Llama la atención la labor minuciosa y sistemática de regularización efectuada, dado el desconcierto y apatía tradicional característicos del tratamiento jurídico de los derechos del menor, sustituidos en este caso, por una labor legislativa frenética dirigida, fundamentalmente, por el “pánico moral” (Papadopoulos, 2010; Tankard Reist, Levin/ Kilbourne, 2008) que presagia una constante y permanente posibilidad de abuso o agresión sexual para los niños y adolescentes (APA, 2007, Levine, 2002), además, de una cruzada para evitar cualquier resquicio legal por el

cual sustentar la autonomía del sujeto menor de edad en esta materia: suprimiendo el ejercicio de su sexualidad y sustituyendo su consentimiento en materia de salud sexual y reproductiva por el de sus padres, hasta finalmente trasladar gran parte de las decisiones relevantes al médico.

Ciertamente, los cambios propiciados, entre otras, por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal en materia de consentimiento sexual (BOE 77 de 31 de marzo) para elevarlo a los dieciséis años; la LO 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 (BOE 227 de 22 de septiembre), que exige el consentimiento de los padres de las menores de más de dieciséis años para autorizar el aborto; la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia (BOE 175 de 23 de julio), que regula el “interés superior del menor”, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, (BOE 180 de 29 de julio) 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 (BOE 274 de 15 de noviembre), que modifica lo relativo al consentimiento por representación del menor de edad en el campo de la salud, entre otras, implican cambios que tanto material como formalmente afectan no solo al consentimiento del menor de edad, sino que representan una nueva forma de entender la sexualidad del menor de edad y sus relaciones con los demás, por ende, cambian la perspectiva jurídica y social.

No ofrece dudas el carácter ideológico de las reformas penales en materia de consentimiento sexual y aborto, -los dos temas más ampliamente tratados a raíz de la reforma-, que de alguna manera y gracias a su tramitación parlamentaria como leyes orgánicas al menos fueron conocidas y entraron en el debate público. Aparentemente no se evidencia esta misma deriva en el resto de los cambios introducidos, no obstante, los resultados, que han tenido menor trascendencia pública, coinciden ideológicamente con las reformas mencionadas, completando el círculo, especialmente con la modificación del art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, pues, limitan la capacidad de decidir del menor sobre su propio cuerpo y su salud, supeditándola a la voluntad de los padres e incluso en algunos supuestos a la valoración del médico.

Así pues, uno de los grandes interrogantes que estas reformas plantean es la capacidad de decisión

que finalmente se reconoce hoy al menor en el ejercicio de sus otros derechos de contenido sexual y reproductivo, especialmente los referidos a la salud y sus efectos. Por citar solo el ejemplo del consentimiento en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, pueden encontrarse situaciones de hecho en las que el menor se vea compelido a aceptar tratamientos o intervenciones que desde su ámbito de autonomía personal rechaza pero que quizás desde las creencias religiosas o morales de los padres y/o los médicos le corresponden, por ejemplo, continuar un embarazo o la aceptación de algunos tratamientos médicos.

Al retraer la decisión del ámbito de autonomía del menor, en caso de desacuerdo entre este y sus representantes legales o entre estos y los médicos, el conflicto se judicializa y debe ser el juez quien resuelva alargando los tiempos lo que va en contra de las necesidades específicas del colectivo (ONU, 2013, par. 93), de forma que en muchos casos ya no sea posible estar dentro de los plazos legales para abortar o se ejecute una decisión médica sin posibilidad de retorno. Por otra parte, la judicialización del consentimiento del menor, en sí misma, conlleva importantes y graves consecuencias en la vida del menor, entre otras, porque existe un alto riesgo de que el debate se haga público, con el consiguiente efecto de estigmatización del menor, especialmente de la mujer menor, o por el sometimiento a presiones externas que inciden directamente en uno de los elementos de la validez del consentimiento, la voluntariedad, llevándole a asumir unos riesgos que quizás alteren para siempre su vida.

La fuerza expansiva de los derechos humanos (Hunt, 2010), parece resistir o imponerse, en ocasiones, a las barreras legales o sociales que obstaculizan su reconocimiento y efectividad o implican su retroceso, ayudada en ocasiones por la actividad judicial progresista, como sucede en el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2016, que decidió plantear al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que exige la mayoría de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, considerando que las personas menores de edad también son titulares de los derechos fundamentales y cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad no debe excluirse de la posibilidad de ejercer sus derechos, a causa de la minoría de edad. No obstante, las dificultades en materia de DSSR son muchas,

pues las reivindicaciones no siempre encuentran eco y los tiempos judiciales son excesivamente dilatados, siendo muchas de las decisiones extemporáneas, pues como señala la Observación general N° 14 (2013) del Comité de Derechos del Niño, los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo, lo que apareja graves efectos adversos en la evolución del niño (ONU, 2014, par. 93).

Los DSSR son un desafío, su análisis debe afrontar los prejuicios que acompañan a la sexualidad a través de la historia (Ullman, 1997; Cott, 2002; Wiesner-Hanks, 2007), maximizados cuando se refieren a los menores de edad (Bullough, 2004; Waites, 2005, Cook et al, 2010 Hodkin/Newell, 2004), y por otra parte, en este caso, debe valorarse también la protección debida a los mismos buscando un equilibrio que garantice la ausencia de daño. Así pues, debe tenerse en cuenta los distintos condicionantes que determinan el desigual tratamiento jurídico y social de los DSSR y sus efectos en los distintos colectivos a los que afectan, haciéndose necesarias consideraciones relativas al género, la edad, la discapacidad, heterosexualidad y la homosexualidad, la cultura, la etnia, el grupo y la clase social, la educación, la ciudadanía, la capacidad económica y la pobreza, lugar de residencia y movilidad, la igualdad y el principio antidiscriminatorio, la dimensión ética de la salud sexual y reproductiva, el rol de las políticas públicas y la sociedad civil, entre otras; pero también los elementos que serían definitorios para ser evaluados como lesivos dentro de su cohorte, incluyendo aquí los daños causados por la intervención del propio sistema penal sin tener en cuenta el contexto, la evidencia científica y las consecuencias potenciales (Goodwin, 2013, pp. 512-513; Weithorn/Campbell, 1982, pp. 1589-1596; Shaw, 2009, p.132, Waites, 2005, Cocca, 2004, Yarrow et al, 2014).

Especialmente relevante, como señalan Cook et al (2010, pp.255 y ss.), es desvelar el prejuicio que ha acompañado históricamente a la mujer definiéndola a partir de sus roles sociales de madre y esposa, considerándola incapaz de tomar una decisión moral responsable (Wiesner-Hanks, 2007), que tiene una gran importancia especialmente cuando esta requiere acceder a los servicios de salud reproductiva, sobre todo el aborto, que implica valores morales, pues se le ha exigido a las mujeres que lo solicitan la aprobación previa de cónyuges, padres u otros varones de igual categoría (arts. 4 y 5 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en adelante CEDAW).

Este prejuicio se reproduce y expande en la valoración de la autonomía de la mujer menor de edad para tomar decisiones relevantes, que históricamente se ha negado por definición (Cocca, 2004; Odem, 1995), y se intensifica cuando se trata de decisiones relacionadas con la sexualidad o su salud reproductiva, invisibilizándose el tratamiento desigual a través de la institución de la protección, de forma que normalmente no aparece en el discurso del derecho antidiscriminatorio como “grupo desventajado” (Barrère/Morondo, 2011, p.35, Añon, 2013, pp. 128 y ss).

*“(e)vidence that girls consent to sex for foolish and mistaken reasons (e.g., that sex will earn them male approval and acceptance) should lead to the conclusion that girls lack the capacity for meaningful consent”* (Oberman, 1994, p.69).

## 2. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS/LOS MENORES DE EDAD

Los derechos sexuales y reproductivos no se encuentran listados taxativamente en las Convenciones sobre derechos fundamentales, aunque parece claro que son parte del contenido de los derechos a la libertad personal y el derecho a la salud, a la autonomía personal y la intimidad y al reconocimiento de la dignidad, esto es, están fundados en un conjunto de derechos y libertades civiles (vida privada; libertad individual; información) y sociales (salud; bienestar) (Saura Estapà, 2015, p.3). Esta afirmación, no exenta de reticencias y de dificultades, sirve en la actualidad para reivindicar su consideración autónoma no solo para alcanzar mayor consenso, sino especialmente, mayor efectividad.

El problema más grave de esta falta de tipicidad es la negación de los mismos y/o de su autonomía por parte de ciertas corrientes ideológicas, lo que puede crear confusión y propiciar diferentes opciones jurídicas en la resolución de los conflictos que necesariamente se presentan. Aunque su falta de concreción suscita enconados debates sobre algunos de sus contenidos, especialmente, sobre el aborto o la orientación sexual, existe una tendencia general a entenderlos comprendidos en la regulación jurídica existente -con mayor o menor alcance-, bien, porque están explícitamente enunciados, bien, porque se sobreentienden de la legislación vigente.

No obstante, este precario acuerdo no alcanza, ni por asomo, a los/las menores -ni siquiera a los menores maduros-, a quienes no solo se les excluye de su

ejercicio, sino que incluso se les excluye de su titularidad (González-Varas, 2010, pp. 19-20; Ferguson, 2013). Esto tiene importantes consecuencias en el día a día de los menores de edad y afecta especialmente a las niñas y jóvenes en algunas sociedades donde estas siguen siendo consideradas propiedad de la familia, mercancía, que sobre todo adquiere su valor con el matrimonio.

Según la OMS unos 16 millones de chicas de 15 a 19 años y aproximadamente 1 millón de niñas menores de 15 años dan a luz cada año, la mayoría en países de ingresos bajos y medianos. Las complicaciones durante el embarazo y el parto son la segunda causa de muerte entre las chicas de 15 a 19 años en todo el mundo. Cada año, unos 3 millones de chicas de 15 a 19 años se someten a abortos peligrosos. Los bebés de madres adolescentes se enfrentan a un riesgo considerablemente superior de morir que los nacidos de mujeres de 20 a 24 años. En España estos datos no son tan altos, pues, según el INE en el año 2014 la tasa de natalidad de chicas de menos de 15 años fue de 2,6% por mil, pero sigue siendo cierto que los riesgos físicos y psíquicos para la salud de un embarazo precoz, un aborto en malas condiciones o una enfermedad de transmisión sexual pueden ser igualmente altos para las adolescentes que los sufren, además de acarrear otras consecuencias graves personales y familiares especialmente cuando a causa de ellos deben dejar los estudios o se les obliga a abandonar la familia.

Aunque la respuesta obvia a estas cifras y riesgos sería disminuir los embarazos juveniles y reducir el riesgo de enfermedades de transmisión sexual a través de la prevención, sobre todo, garantizando el acceso de los jóvenes a la información sobre salud sexual y reproductiva y a los servicios públicos de salud, no resulta tan fácil llevar esta fórmula a la práctica, pues, como decíamos, no existe consenso sobre los derechos de los jóvenes en general, sobre sus derechos sexuales y reproductivos en particular y especialmente sobre la capacidad de los jóvenes para la toma de decisiones que les afectan en este ámbito. La mejor prueba de ello la tenemos en España, un país del primer mundo, con un índice de desarrollo humano de 0,869 según el informe de 2014 de la ONU, que, sin embargo, ha suprimido todos los contenidos de educación sexual desde 2006 del currículo de la enseñanza obligatoria.

Así las cosas y aun cuando en todos los países -incluso en los más desarrollados-, existen obstáculos para ejercer los derechos sexuales y reproductivos, adicionalmente, las/los menores deben enfrentar

barreras específicas que no se presentan en el caso de la población adulta (Coram Children's Legal Centre, 2014, pp. 6 y ss.), principalmente referidos a los impedimentos jurídicos y a los condicionamientos culturales o sociales de sus padres o tutores, las creencias religiosas de éstos o sus expectativas en cuanto al momento en que los hijos deben iniciar su actividad sexual (Cook y Dickens, 2000, p.2).

Estas creencias y condicionamientos culturales pueden dificultar el acceso a la información y búsqueda de servicios de salud, pues, sus padres pueden negarles recursos económicos (por ejemplo para el traslado a un centro de asesoramiento o comprar una pildora postcoital), controlar su tiempo y/o el acceso a la información a través de internet, prohibirles explícitamente el uso de los servicios, e impedirles recibir acompañamiento y orientación, etc. (González/Duran, 2010, p.9). También se observa como impedimento relevante la falta de confianza de los propios adolescentes para discutir las cuestiones y problemas relacionadas con la sexualidad y la salud reproductiva, sobre todo si se tienen muy asumidos los roles de género, y/o los sentimientos de vergüenza y el temor al juicio –especialmente de los adultos significativos- son muy fuertes (Shaw, 2009, p. 135, Coram Children's Legal Centre, 2014, p. 6; Yarrow et al, 2014, p.152).

El mayor obstáculo es la falta de recursos públicos de salud o la dificultad en el acceso a los mismos, que se convierten en el caso de los menores, en barreras insalvables, sobre todo, cuando no cuentan con apoyo familiar o la situación económica es precaria. En este ámbito debe hacerse hincapié en las actitudes de los profesionales de la salud, pues son decisivas para fomentar o desestimular el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, haciéndose imprescindibles los servicios amigables para los jóvenes (Shaw, 2009, p. 135; Cook et al, 2010, p.257).

En esta idea, debe considerarse como barrera específica la propia legislación (Coram Children's Legal Centre, 2014, p. 7) y no solo cuando las prohibiciones son expresas, pues se asocia también a la incertidumbre de los prestadores de servicios de salud respecto a la validez jurídica del consentimiento de sujetos cuya capacidad para decidir y su autonomía es discutida. Esta no es una cuestión baladí, pues, los marcos de actuación profesional a menudo no están definidos con claridad, ni por las leyes ni por los protocolos específicos, sobre todo, en relación con el consentimiento informado, lo cual les genera temor respecto a las medidas que puedan adoptar contra ellos los padres o las autoridades judiciales.

Adicionalmente, debe considerarse las consecuencias sociales y profesionales de ciertas prácticas profesionales en entornos socialmente complejos. En este sentido, por ejemplo, se desarrolla la investigación sistemática de Doran/Nacarow (2015), en la que se analizan los estudios más importantes publicados entre 1993 y 2014 sobre el aborto, concluyendo que en los países desarrollados aún existen diversas trabas a la hora de interrumpir el embarazo durante las 12 primeras semanas, entre las que destacan: la falta de profesionales capaces o dispuestos a llevar a cabo el procedimiento, el acoso y la estigmatización del personal sanitario que practica los abortos, la falta de información o la falta de recursos para costear el procedimiento.

Sin lugar a dudas en todo este debate, aun abierto, se desconoce una dimensión fundamental en el análisis referida a la imbricación de los DSSR con los otros derechos reconocidos al niño en los diferentes instrumentos internacionales, como los derechos a la educación, la información, la vivienda y la seguridad social y, sobre todo, el salto cualitativo que ha significado el reconocimiento del derecho a la no discriminación, que los incluye. A modo ejemplificativo de derechos relevantes para la sexualidad y la salud sexual y reproductiva del/la menor pueden citarse: derecho a la salud (derecho a alcanzar el más alto nivel de salud sexual y reproductiva); derecho a recibir los beneficios del progreso científico; derecho a la no discriminación; derecho de los adolescentes y jóvenes para acceder a información, asesoramiento y servicios respetuosos con los jóvenes; derecho a decidir el número, la frecuencia y el momento de tener hijos; derecho de todos a tomar decisiones relativas a la reproducción libre de discriminación, coerción y violencia; derecho a la vida y la supervivencia; derecho a la integridad física y la seguridad personal; derecho a la privacidad; derecho a buscar, recibir y compartir información; derecho a la igualdad en el matrimonio y el divorcio; derecho a la libertad de pensamiento y de religión (Shaw, 2009, p.134; WAS, 2014).

## **2.1. ¿Son el reggaetón, el perreo, la lambada, el Twerking, la champeta ....., delictivos?²**

---

21 “El baile ‘prohibido’ en Colombia por fomentar el sexo entre jóvenes”, Diario “*El Mundo*”, 10/03/2016. Disponible: <http://www.elmundo.es/papel/historias/2016/03/09/56deb12ce2704e0a318b465b.html>, consultado, 10/03/2016. Existen otros países que prohíben o han tomado iniciativas para prohibir el reggaeton (perreo), por los mismos motivos y/o porque promueven los embarazos, denigran la visión de la mujer, son obscenas y vulgares, etc.

La mayoría de las cuestiones que aquí planteamos para el debate tienen su causa en la interacción sexual del menor, una de las facultades que comprende el derecho a la sexualidad, que como han destacado los estudios especializados en el tema, cada vez se inicia a una edad más temprana<sup>3</sup> por razones sociológicas y psicológicas en las que no influye la prohibición penal (Bullough, 2008, Kehily, 2004), de manera que el intento de limitar por ley este derecho es inane, aunque algunos estudios empíricos han demostrado que si bien elevar la edad del consentimiento sexual no previene necesariamente frente al abuso o la explotación sexual, sin embargo puede posibilitar la restricción en la información de los derechos y el acceso a los servicios de salud reproductiva lo que sí puede tener efectos directos en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos (Coram Children's Legal Centre, 2014; Yarrow et al, 2014).

El art. 183 CP, ha sido modificado por la reforma del CP del 2015 en los siguientes términos:

*1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.*

La cuestión más discutible con posterioridad a la reforma sobre el consentimiento sexual de los/las menores es resolver si *cualquier acto de carácter sexual* con (y también de) los jóvenes menores de dieciséis años es ilícita per se, a pesar de la fórmula del art. 183 quáter que la autoriza cuando exista el consentimiento libre, en función de la proximidad por edad y madurez de los sujetos implicados, puesto que previamente y en abstracto no puede hacerse un juicio definitivo, ya que es imposible determinar la conducta prohibida (un beso, un baile, rozamientos, penetración, etc.) o la diferencia de edad admisible, pues, la ley no lo hace. ¿Es lícito el contacto sexual entre menores de once o doce años y si alguno de ellos tiene 14 o 15?; y ¿en el caso de un menor de 14

años y otro de diecisiete? y ¿si es compañero de clase en el instituto pero tiene 18 años o más y ¿si es compañero de clase, tiene la misma edad pero está integrado en una banda y tiene antecedentes penales?. ¿y si es de la misma edad o aproximada, pero es hermano o hermanastro o tío?. Además, ¿quién puede hacer válidamente este juicio previamente a un contacto sexual?. Entendemos que sólo los sujetos implicados, según su grado de madurez, que, precisamente, el artículo desconoce.

La casuística es infinita y al no fijarse una edad mínima de diferencia entre víctima y victimario (*age span*) como presupuesto de la tipicidad, en realidad se está prohibiendo el ejercicio de la sexualidad, más aun, cuando no se exige abuso, coerción o engaño, para configurar la conducta típica -como en el caso español<sup>4</sup>. Según indica Couso, en muchos casos se termina castigando, no el abuso, sino la desobediencia a los padres, sobre todo, cuando la consecuencia es el embarazo de la mujer (Couso, 2009, p.9-11). En efecto, al no fijarse criterios legales para discernir sobre la diferencia de edad admisible podría concluirse que la regla general es la prohibición de cualquier contacto sexual con -y de- un menor de dieciséis años, pues, es imposible determinar a priori cuál sería la diferencia de edad legalmente admisible, máxime cuando se exige la proximidad -concepto totalmente indeterminado-, no solo respecto a la edad sino también respecto a la madurez.

El resultado de esta argumentación es una aporía, puesto que no puede afirmarse tajantemente que todo contacto sexual de un menor de dieciséis años esté prohibido por la legislación española pero tampoco lo contrario. De aquí se deriva que basta un interés personal (padres, exparejas, fanáticos religiosos, organizaciones conservadores, vecinos, etc.) o las dudas razonables -o motivos ideológicos- en quienes conocen la situación en razón de su cargo (profesores, trabajadores sociales o proveedores de servicios de salud) para poner en marcha todo el aparato judicial con las graves consecuencias estigmatizadoras negativas subsiguientes para los implicados -ampliamente estudiadas - y para el propio sistema jurídico a quien se quiere convertir en guardián de la moral y las buenas costumbres.

<sup>3</sup> La 3ª Encuesta Bayer Schering Pharma Sexualidad y Anticoncepción en la Juventud Española, realizada por el grupo Daphne en 2009, muestra un incremento de la población juvenil que ha mantenido relaciones sexuales con penetración, en la franja de edad de 15 a 19 años, que para el año 2009 representa un 65,7% frente a un 52,8% de la encuesta realizada en 2005 en el caso de las chicas y 67,1% y 55,8%, respectivamente, en el caso de los chicos. Además, señala que en ambas encuestas se mantiene estable la edad de inicio de las relaciones sexuales, que está en los 15, 8 años en el caso de las chicas y 15, 7 años en el caso de los chicos. Disponible: <http://grupodaphne.com/adjuntos.php?id=16&cmd=encuestas>

<sup>4</sup> No existe unanimidad en la doctrina en relación con la diferencia de edad admisible entre compañeros sexuales cuando al menos uno de ellos es menor de edad. Echeburua/Guerricaecheverría, 2000, (pp.9-11), Waites, 2005, propone una escala, que va de los 14 a los 16 que va ampliando

“Vergüenza de Georgia”<sup>5</sup>

El caso del joven Genarlow Wilson, que fue condenado a 10 años de prisión sin posibilidad de libertad condicional por abuso sexual infantil con agravantes, es paradigmático de los efectos sociales y personales de una legislación ultrarestrictiva y ultraprotectora. Los hechos se sucedieron en una fiesta de fin de año y en ella este joven tuvo relaciones sexuales consentidas con una chica de 15 años, quien le practicó sexo oral y de ahí las agravantes que condicionaran una condena tan amplia, pues, la legislación de Georgia solo daba valor al consentimiento de la menor para el sexo oral a partir de los dieciséis años. La vida de Genarlow era ciertamente prometedora, tenía unas más que aceptables notas y su condición de buen jugador de fútbol estaba a punto de abrirle las puertas de la prestigiosa Universidad de Brown. Wilson estaba con un pie fuera de los guetos negros de Atlanta, pero acabó en la cárcel, y al negarse a aceptar un trato con el fiscal que le incluiría en un registro de delincuentes sexuales de por vida y le impediría convivir con cualquier menor, también con su pequeña hermana, esto es, al negarse a aceptar su etiquetamiento como “depredador sexual”, debió iniciar una lucha titánica que le mantuvo 27 meses en la cárcel y que logró gracias al apoyo social y de las organizaciones de derechos, el cambio en la legislación y su excarcelación, lo que resulta excepcional y desafortunadamente no es el resultado normal del paso de los menores por el sistema penal. (State v. Wilson (trial in Douglas Superior Court); Wilson v. State 279 Ga. App. 459 (appeal to Court of Appeals of Georgia); Wilson v. State 2006 Ga. LEXIS 1036).

Aun cuando no es el objeto central de estas reflexiones, al objeto de nuestra argumentación debe llamarse la atención sobre dos, entre las más importantes modificaciones dogmáticas que el nuevo tratamiento penal del consentimiento sexual en el art. 183 CP aparece. En primer lugar, ha de destacarse que la discusión en torno a si la presunción sobre la ausencia de consentimiento de los menores de 13 años en materia sexual es “iuris et de iure” “... por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles” (STS 2578/2006 de 2006), incluso puesta en duda en la misma sentencia citada razonando que un sector la entiende como presunción “iuris tantum”: “Ahora bien esta posibilidad de admitir prueba de contrario con virtualidad legitimadora de la conducta, obviamente limitada a menores cuya edad está muy próxima al tope legal de 13 años”, desaparece completamente con la nueva redacción, no solo porque así lo dispone el art. 385.3 LEC, sino porque al elevar la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años, es insostenible mantener la ausencia de conciencia y libre voluntad en todos los casos, como así lo ha reconocido farragosamente el art 183 quater CP, de donde, es posible demostrar, un consentimiento

to válido, sin tope inferior en la edad, si se cumplen los requisitos.

En segundo lugar y aunque este análisis requiere un desarrollo teórico más amplio (Terradillos/González, 2016, pp. 213 y ss), entendemos que a un menor maduro no puede negársele, sin más, su derecho a la libertad sexual, por ello el concepto de bien jurídico protegido debe replantearse (Díez Ripolles, 2000; García Álvarez, 2013, pp. 18-19). La construcción en los últimos años de una teoría del bien jurídico protegido en los delitos sexuales cuyos sujetos pasivos sean menores de edad, configurada en torno a un bien jurídico intermedio, la indemnidad sexual (Ribas, 2009; Orts y Suárez-Mira; Mendoza Calderón, Ragués i Vallés, 2011, Roper, 2014) entendido como el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad, considerado por la jurisprudencia y un sector de la doctrina como el único protegido en estos delitos con sujeto pasivo menor de edad, autónomo y diferente respecto a la libertad sexual (STS 3106 2/05/2006), debe reevaluarse, pues, desconoce la Convención de Derechos del Niño (en adelante CDN), signada por España, que a la par que estatuye la protección como función prioritaria de tutores y del Estado para garantizar los Derechos del niño, establece como principio rector de todo el sistema, la “autonomía progresiva” en el ejercicio de sus derechos, incluidos los sexuales y reproductivos, sin que pueda eliminarse la autonomía del menor maduro, a través de construcciones paternalistas que no atienden al principio del daño.

<sup>5</sup> En referencia al editorial del periódico “The new York Times”, del 30/04/2007, donde se critica a actuación de los fiscales, los legisladores y los jueces de la jurisdicción de Georgia. [http://www.nytimes.com/2007/04/30/opinion/30mon3.html?ref=collection%2Ftimestopic%2FWilson%2C%20Genarlow&action=click&contentCollection=timestopics&region=stream&module=stream\\_unit&version=latest&contentPlacement=9&pgtype=collection](http://www.nytimes.com/2007/04/30/opinion/30mon3.html?ref=collection%2Ftimestopic%2FWilson%2C%20Genarlow&action=click&contentCollection=timestopics&region=stream&module=stream_unit&version=latest&contentPlacement=9&pgtype=collection), consultado, 2/02/ 2016.

Ciertamente, a pesar de la intencionalidad del legislador en este caso y de la objetable técnica de tipificación del art. 183 quater CP, al eliminarse el tope de los 13 años en el límite inferior, extenderse hasta los dieciséis el límite superior y autorizarse para algunos supuestos (indeterminados) la validez del consentimiento del menor para interactuar sexualmente, ya no puede sostenerse que el menor no tenga libertad sexual o que su consentimiento no sea válido, en todos los casos.

## 2.2. Criminalización por extensión

Así pues, desde la perspectiva de análisis aquí desarrollada, no se trata solamente de discernir en relación con los menores de dieciséis años si la prohibición de interacción sexual es absoluta, pues, entendemos, se está en el ámbito del ejercicio de un derecho fundamental que no puede ser simplemente pretermitido por voluntad del legislador, sin justificar el daño o peligro para el bien jurídico protegido, aunque debe reconocerse que todas las legislaciones del mundo establecen una edad mínima para admitir el consentimiento sexual, aunque no existe acuerdo en torno a cuál es la edad de referencia (Waites, 2005, ONU, 2003, Yarrow et al, 2014, p.149, Graupner, 2000).

Esta es una discusión de gran calado, que no podemos abordar en esta ocasión, pues queremos centrarnos en determinar cómo esta prohibición afecta el resto de contenidos de los derechos sexuales y a los derechos de salud sexual y reproductiva que son conexos con esta, especialmente, si tenemos en cuenta que al criminalizar la conducta y negar cualquier tipo de autonomía al menor en este ámbito, también pudiera concluirse que el menor está igualmente incapacitado para tomar cualquier otro tipo de decisión relevante que le afecte. Este objetivo no ha sido disimulado en ningún momento al plantearse en la nueva reforma del aborto (Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre), pero más allá, incide sobre otras cuestiones de gran trascendencia en la vida del menor, quien es, finalmente, el que tendrá que vivir con las consecuencias de la decisión que otros han tomado por él, por ejemplo, tener un hijo, o con algunas de ellas que tienen un resultado directo en la salud como una cesárea o tratamientos de riesgo en el embarazo o parto.

Las medidas adoptadas recientemente que incluyen la elevación de la edad para consentir en el contacto sexual y el matrimonio, aplaudidas por algunas

organizaciones sociales (Save the Children, 2015) y de cierta forma recomendadas por la ONU –sobre todo tendentes a elevar la edad legal del matrimonio hasta los 18 años–, tienen como única justificación el prevenir, limitar y castigar las relaciones sexuales abusivas y evitar la explotación de los menores, como se acordó en la redacción del art. 34 CDN, que claramente tenía este objetivo y no regular la vida sexual de los menores (Hodgkin/Newell, 2007, p.523).

En ningún caso, deben ser utilizadas como impedimento para que las/los menores maduros puedan ejercer su sexualidad y/o recibir información sobre su salud sexual y reproductiva y/o acceder a los servicios públicos cuando lo requieren. La “edad para consentir” no puede ser tomada como una edad para prestar o no, servicios de salud sexual y reproductiva (González/ Durán, 2010). De hecho cuando se analizan en profundidad las leyes que limitan el consentimiento sexual o el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva y se examina críticamente la base social y cultural de estas normas, se encuentra que en muchos casos el concepto legal de protección de los niños a menudo se basa en las ideas dominantes que describen y asignan identidades y conductas a partir de parámetros preconcebidos sobre lo que es adecuado, asociados con el género, la sexualidad y la infancia (Lloyd de Mause, 1982; Qvortrup et al, 1994; Qvortrup et al, 2009; Fass, 2013; Stearns, 2006; Cott, 2002; Gaitán, 2006; Davidoff et al, 2000, Egan/Hawkes, 2010; Cook et al, 2010) y lo más grave, al restringir el acceso de los niños a los servicios de salud pueden colocar a los niños y jóvenes en riesgo: negándoles la posibilidad de acceder a información esencial, asesoramiento y tratamiento (Yarrow et al, 2014, pp.148-153, Shaw, 2009, pp. 132-136).

Las leyes penales no pueden convertirse en obstáculo para el ejercicio de los derechos, aún más, cuando van claramente en contra de la fuerza de los hechos, tienen un efecto criminógeno indudable, pues al convertir en delito conductas que socialmente son aceptadas por no presentar un contenido específico de lesividad, -excepto si se miran desde un determinado punto de vista moral-, la norma no es efectiva y pierde legitimidad, pero al estar vigentes, convierten en criminal a todo aquel que contraríe la norma moral subyacente a la prohibición, en una ola expansiva sin fin, que en este caso puede afectar no solo a los compañeros sexuales, sino también a los proveedores de servicios de salud e incluso a los responsables de derecho y de hecho del menor (padres, tutores, profesores, trabajadores sociales).

El alcance de los cambios producidos por las reformas en materia de DSSR aún están por verse, pues, dada la imprecisión y ambigüedad de la normas, serán los tribunales los que finalmente decidan, esperamos, desde una interpretación basada en derechos. Sin embargo, la propia existencia de la reforma y su trasfondo ideológico, la literalidad de algunas de las normas y la incertidumbre jurídica, no solo posibilitan interpretaciones formales y restrictivas, sino que además legitiman el recurso a la objeción de conciencia de algunos proveedores de servicios de salud, con el consiguiente recorte de derechos para el menor, como ya ha sucedido estando vigente una legislación menos restrictiva, en la STC 145/2015, de 25 de junio de 2015.

La ideología subyacente es significativa y definitoria, superando la literalidad de la propia reforma, pues, es evidente el empeño en restringir la capacidad de decisión del menor en su ámbito de autonomía personal sexual y reproductiva, pero a la vez, se busca un objetivo más trascendente, modular la realidad a través de la construcción social de la misma. Así, “la pederastia”, pasa de ser una parafilia (pedofilia/paidofilia) que admite una aproximación científica y la delimitación de elementos típicos en el delito con base en la inmadurez, el engaño, la violencia o el prevalimiento, a tipificarse a partir de elementos abstractos e indeterminados, definidos a partir de juicios morales, que lastran cualquier aproximación objetiva, pero tienen la virtud de construir en el imaginario colectivo distintas categorías de sujetos: por una parte intrínsecamente perversos, no resocializables, el “pederasta”, quien puede ser cualquiera a partir de los catorce años por cualquier contacto sexual con un menor de dieciséis años, frente a los cuáles cualquier respuesta penal y social es admisible, y por otra, sujetos intrínsecamente vulnerables, incapacitados para tomar decisiones autónomas en materia sexual y también, por extensión, para ejercer cualquiera de sus derechos personalísimos, pues, no se le reconoce madurez suficiente.

Las transformaciones sociales han posibilitado, en el marco de una sociedad pluralista y multicultural, el paso de un modelo de sexualidad reproductiva asociado a una concepción tradicional del matrimonio y la familia, basado en concepciones patriarcales cuyo control por el padre se orienta a defender la honra e intereses económicos y sociales futuros del padre y la familia por el representada, hacia uno de sexualidad no reproductiva, cuyo objetivo es la felicidad y el deseo (Frayser, 2003, pp.262 ss., 266 ss.), que rechaza la violencia, el engaño y el abuso en

cualquiera de sus manifestaciones. También en este marco, a partir de la construcción de una teoría de los derechos constitucionalmente fundada, se deja al abrigo de la intervención estatal los comportamientos sexuales individuales que no lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos de los demás (Roxin, 2013), aunque ellos supongan violación de normas culturales, morales o religiosas, bien sea, el sexo fuera del matrimonio, bien sea, los juegos sexuales, la infidelidad o la sodomía, entre otros.

Convertir en pederastia cualquier contacto sexual con un menor maduro sin establecer criterios que delimiten el daño de la conducta, en tanto que abusiva o coercitiva<sup>6</sup>, además de situar en el ámbito de la perversión, el deseo y la satisfacción sexual del propio menor, busca también asegurar la pervivencia de un modelo con evidente contenido moral que asocia sexo y matrimonio y consagra por tanto la santidad de las relaciones sexuales en un marco jurídico y/o religioso validado social y jurídicamente, en el cual ciertas consecuencias del ejercicio de la sexualidad (embarazo, aborto, enfermedades de transmisión sexual) pueden ser asumidas estatalmente, esto es, en el marco preestablecido, si bien, la existencia del matrimonio no impide que los problemas relacionados con la salud sexual y reproductiva se presenten, por ejemplo el hecho de que embarazo adolescente ocurra dentro del matrimonio no disminuye el riesgo que implica para la vida y salud de la adolescente embarazada (Dickens/Cook, 2005, p.180).

El comportamiento sexual de los jóvenes hoy discurre por derroteros completamente diferentes al matrimonio<sup>7</sup>, por tanto, la asociación es falaz pero conveniente al situar el discurso en el plano de la moral. Este empeño se evidencia en las reformas comentadas, porque paralelamente a la elevación de la edad del consentimiento sexual de los anteriores trece años a los actuales dieciséis en el Código penal, se modificó la edad para consentir válidamente el matrimonio, que ahora está también en dieciséis años (Ley 15/2015 de 3 de julio de jurisdicción voluntaria, BOE núm. 158, de 3 de julio), asimilando jurídica y socialmente ambos conceptos, cuando manifestamente

<sup>6</sup> Véase ampliamente una elaboración sobre el principio del daño y la sexualidad de niños y adolescentes Couso, 2009, pp.14 ss;

<sup>7</sup> Según datos del INE, en España se han casado desde 1975, 28.690 niños y niñas y la tendencia es cada vez menor. En los últimos catorce años se han casado 365 menores y en todo el año 2014 solo se casaron 5 menores de 16 años y específicamente una de menos de 15. Ver, <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t20/e301/provi/10/&file=03004.px&type=pcaxis&L=0>, consultado el 18/07/2015.

no son equiparables, pues, “realizar actos de carácter sexual”, es ejercicio directo e individual de derechos fundamentales –aunque pueda tener limitaciones en función de diferentes parámetros- y el matrimonio es una institución jurídica de la que se derivan efectos jurídicos, sociales y económicos, por lo que su regulación jurídica es de interés, además de para los contrayentes, para la sociedad y el Estado. De manera clara, se restringe para las menores el acceso a los derechos sexuales y no solo los reproductivos.

Es bastante indicativo sobre la finalidad subyacente, que el art. 314 CC, modificado por la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, haya suprimido el matrimonio como causa de emancipación de el/la menor, de forma que aun casados siguen dependiendo jurídicamente de quien ejerce la patria potestad, salvo que se conceda la emancipación por estos o por el juez. Así las cosas, sin la concesión posterior de la emancipación, el matrimonio solo legitima socialmente el ejercicio de algunos de sus derechos sexuales y reproductivos en el marco prestablecido y socialmente aceptado, básicamente los de interacción sexual, pero sin añadir autonomía jurídica en el ejercicio pleno de sus derechos, específicamente los referidos a la salud sexual y reproductiva, planteando situaciones verdaderamente paradójicas: ¿quién debe decidir un aborto en el caso de una mujer de dieciséis o diecisiete años casada y no emancipada, aunque viva independientemente?

### 3. EL MENOR MADURO Y SU CAPACIDAD PARA DECIDIR

La interacción sexual es un elemento propio del desarrollo evolutivo de las personas. Además de un componente eminentemente biológico la determinan características psicológicas, sociales y culturales, conjuntamente con las religiosas y morales convirtiéndola en un tema sensible frente al cuál difícilmente puede obtenerse consenso, y la ley tiene un importante papel definiendo el comportamiento aceptable socialmente, pero a la vez creando las condiciones para que las transformaciones sociales especialmente referidas al género y la no discriminación encuentren un espacio propicio de normalización social. El ámbito normal donde se aprende la socialización de la sexualidad es la familia, aunque las influencias sociales, especialmente de los iguales y de los medios de comunicación, especialmente internet,

va ampliándose paulatinamente<sup>8</sup>. La comunicación, el diálogo, las ideas compartidas en el ámbito familiar, en el que el menor es un actor participativo con voz propia en la vida familiar, no solo preparan al adolescente para el ejercicio de una sexualidad responsable, sino también, asegura el asesoramiento y apoyo adecuado para la toma de decisiones relevantes en este ámbito.

No se requiere de la ley para propender por la protección del menor en estos casos, es el dialogo constructivo en el que el menor participa como un igual, el que posibilita la toma de decisiones en el mejor interés del menor en el marco de la vida familiar (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12, reafirmado por el artículo 16 de la CDN), y son los padres y/o tutores los primeros veedores de ese interés: orientándolo, acompañándolo y posibilitando su autonomía progresiva en función de su madurez, sin injerencias externas, como prescriben los Convenios citados, incluso en situaciones complejas.

Así pues, es solo cuando ese diálogo no se produce o se rompe o cuando no existe una “vida familiar” a la cual remitirse, cuando entran en juego las reglas jurídicas que regulan el ejercicio de los derechos por parte del menor y su contrapartida la protección, utilizándose para ello, básicamente, dos conceptos: “la regla del “menor maduro” y “el interés superior del menor”. No compartimos la aseveración referida a que el enfoque del menor maduro contradice el enfoque de los derechos humanos del menor, en tanto, el primero presume que debe demostrarse la capacidad cuando se está por debajo de edad legal mínima para otorgar el consentimiento, probando que se ha alcanzado la madurez suficiente, mientras que los derechos humanos son inherentes a los seres humanos de todas las edades y por tanto aquellos que se opongan son los que tienen la carga de la prueba para imponer otro derecho o interés preferente (Cook/Erdman/Dickens, 2008, p.184), puesto que entendemos, no son incompatibles. La regla del menor maduro es siempre una cláusula de interpretación, y en legislaciones regidas por el principio de legalidad que la incluyen, sirven de mecanismo para introducir la autonomía en la toma de decisiones aún por debajo de las edades

<sup>8</sup> La 3ª Encuesta Bayer Schering Pharma Sexualidad y Anticoncepción en la Juventud Española, año 2009, constata el retroceso de la información sobre sexualidad y métodos anticonceptivos recibida a través de profesionales sanitarios, centros educativos o medios de comunicación convencionales (prensa, radio o TV), mientras que se incrementa el uso de Internet como fuente de información. Se observa una escasa presencia de sistema educativo en la educación sexual. Disponible: <http://grupodaphne.com/adjuntos.php?id=16&cmd=encuestas>

fijadas, precisamente en el ejercicio de los derechos del menor, justificando las acciones del propio menor y de todos los intervinientes.

### **3.1. Las capacidades evolutivas y la autonomía progresiva**

La niñez, la adolescencia, la infancia, son conceptos amplios que actualmente pueden ser analizados desde diferentes perspectivas, especialmente orientadas a señalar los procesos a través de los cuales los sujetos aun en formación, esto es, aun por ser, se convierten en seres sociales, aunque como se han encargado de mostrar los estudios actuales sobre la sociología de la infancia, desde esta perspectiva, centrada en la socialización, se ha pasado por alto los problemas concretos y actuales de los niños al ser excluidos, marginados o utilizados ilegítimamente, esto es, como actores de su presente.

Ser niño no es ser “menos adulto”, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia debe ser conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos (Gaitán, 2006).

La idea de reconocer derechos específicos a los niños y adolescentes y establecer un límite legal para atribuir y diferenciar derechos entre adultos y jóvenes es relativamente reciente, especialmente alentada por la CDN que cambia la concepción tradicional sobre los derechos del niño, a partir de la idea básica de igualdad jurídica que lo entiende, en un primer momento, al igual que el resto de personas, sujeto de derechos, sin más diferencias por edad, sexo u otra condición, para en un nivel posterior, a través de fórmulas complementarias como la igualdad ante la ley o la igualdad en los derechos, que también son recogidas por la Convención para asegurar efectivamente esos derechos. De esta forma se construye un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una supraprotección, o protección complementaria, pues se agregan nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas (Cillero, 2011, p.5).

Así pues, como cualquier otra persona, los menores de dieciocho años son titulares de derechos y también son aplicables a ellos los principios de respeto a la dignidad de las personas y libre desarrollo de la personalidad reconocidos en la Constitución y

en los acuerdos y tratados internacionales sobre derechos humanos, que fundamentan toda la regulación constitucional de los derechos fundamentales (STC de 29 de mayo, STC 183/2008, de 22 de diciembre, STC 158/2009, de 29 de junio; STC 186/2013, de 4 de noviembre), aunque el ejercicio de los mismos en las diferentes etapas de su evolución dependerá de múltiples factores concomitantes, bien, de carácter subjetivo, o bien, de carácter objetivo, así en los primeros años la representación de su intereses por sus tutores será muy amplia, pero con el paso del tiempo esa representación deberá ir siendo sustituida progresivamente por una mayor autonomía del menor (STS 141/2000, ATS 10 de marzo de 2016).

Precisamente, uno de los grandes avances propiciada por la CDN, que representó un cambio de paradigma en el tema de los derechos fundamentales del menor, fue el reconocimiento en el artículo 5 del concepto de “capacidades evolutivas” para ejercer sus derechos, asignándose a los padres y tutores la potestad de orientación apropiada del niño en función de la evolución de esas capacidades, sin injerencias externas (art. 18 CDN) y al Estado en ausencia de estos. De esta manera sólo los padres o tutores tendrán la función de orientación del menor, pero exclusivamente en la medida y en función del derecho subyacente reconocido, esto es, el derecho del niño a “ejercer progresivamente sus derechos” (Cillero, 2006, p.140).

Así pues, todo el sistema de protección está dirigido a este fin: posibilitar progresivamente la autonomía del menor en el ejercicio de sus derechos, incluyendo en esta finalidad los deberes de orientación y protección de los padres que también se reconocen, pero que no son “poderes ilimitados sino funciones jurídicamente delimitadas” dirigidas al fin señalado (Cillero, 1999). Es esta la razón que subyace en la institución jurídica de la emancipación, reconocida por algunos ordenamientos jurídicos, pues, se entiende que a ciertas edades y en determinadas circunstancias, esa orientación/protección ya no es necesaria, bien respecto a ciertos actos o situaciones, bien de forma absoluta, según la respectiva legislación.

Analizada desde este punto de vista, la “autonomía progresiva del menor” se constituye en el principio clave, para entender las relaciones de protección de los padres y/o el Estado y en ello estriba, precisamente, el cambio de perspectiva, pues, contrariamente a lo aceptado hasta el momento, ya no puede admitirse que estos tengan potestad absoluta de decisión en relación con los derechos del menor,

sin tener en cuenta sus “capacidades evolutivas”, que lógicamente serán menores en una etapa temprana de la infancia y mayores a medida que se acerca a la mayoría de edad (Cillero, 1999).

Reconocer los derechos al menor y su capacidad de determinarse, progresivamente, no implica su desprotección, pues, en cualquier caso, ha de entenderse que no es igual la capacidad jurídica iusfundamental conectada con la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, por tanto, sin sujeción a condiciones o requisitos, y el ejercicio de un derecho, al que sí le podrían aplicar limitaciones, por ejemplo, las restricciones temporales a determinados derechos —«hasta alcanzar la mayoría de edad», o «hasta cierta edad»—, pero entendiendo que son reservas que inciden sobre el ejercicio del derecho, no sobre su titularidad (Alaez Corral, 2013; García Ruiz, 2006, p.16).

Es más, como estamos en el ámbito de los derechos del menor, de base constitucional, al igual que sucede frente a los adultos, las leyes solo pueden desarrollar el derecho en los términos del art. 81.1 CE o regular su ejercicio en el sentido del art. 53.1 CE, que en todo caso, deberá respetar su contenido esencial y por ello sólo pueden aplicarse sobre algunas de sus facultades. Por esta razón, en el ámbito que nos ocupa, a los mayores de trece años, anteriormente, ahora a los dieciséis, se les permite el ejercicio de la libertad a la interacción sexual, una de las facultades del derecho, pero bien podría ser a los doce, a los catorce o a los dieciocho años, como sucede en otros países, porque es el desarrollo legal del derecho, lo que no anula el derecho y, mucho menos, muda su titularidad.

La capacidad de obrar iusfundamentalmente, que el menor adquirirá gradualmente, y así es asumido por los distintos sectores del ordenamiento jurídico que aceptan el consentimiento del menor en el ejercicio de sus derechos, dependerá de la facultad que se quiera ejercer y si ésta es autónoma —sin necesidad de representante—, como en el caso de algunos derechos personalísimos que comportan actos naturales que conforman el ámbito de libertad garantizado por el derecho fundamental y que solo pueden ser ejercidos de forma directa y personal por el titular: vivir, pensar, comer, hablar, moverse, determinarse sexualmente. Ello no impide considerar situaciones o circunstancias en las que el menor tampoco puede ejercer algunas de estas facultades personalísimas directamente —es demasiado pequeño, o tiene alguna discapacidad física o mental—, o esas facultades están legal o judicialmente restringidas en función de la protección del interés del propio menor o de terceros (Alaez Corral, 2013).

La restricciones requieren de un análisis caso por caso, pues como señala la jurisprudencia ello puede darse solo por dos justificaciones fundamentales: la falta de madurez de la persona para el ejercicio del derecho fundamental y la necesidad de protección de la persona menor de edad que la propia Constitución reconoce (art. 39.3 y 4), justificaciones ambas que no son uniformes y admiten modulaciones durante toda la minoría de edad, debiendo respetarse siempre el principio de proporcionalidad (STC 274/2005, de 7 de noviembre; Auto TS de 10 de marzo de 2016). Esto es especialmente relevante cuando la restricción legal afecta de tal forma el contenido propio del derecho que puede anularlo, aunque en abstracto se haga en beneficio del menor, y es lo que sucede cuando se limita totalmente el ejercicio de la sexualidad, sin elementos adicionales que sirvan de guía en la comprensión del interés del menor en estos casos y la limitación de los derechos, pues, ciertamente no son comparables las necesidades de protección en el ejercicio de la sexualidad de un menor de quince años y uno de cinco o cuatro años, por poner un ejemplo.

### 3.2. La regla del menor maduro

Como se ha dicho, el reconocimiento de las facultades evolutivas del menor es directamente proporcional a la disminución de las facultades de protección de los padres o tutores del menor en el ámbito concreto, pues implica la garantía de la autonomía progresiva del menor en la toma de decisiones relevantes en su vida, por ello el avance en las capacidades evolutivas del menor implica paralelamente una limitación a la patria potestad que va progresando hasta el punto de sustituirla cuando el menor es capaz de ejercer directamente sus derechos, en el caso analizado los sexuales y de salud sexual y reproductiva, incluso cuando ello suponga la toma de decisiones contrarias a las creencias de sus padres (González/Durán, 2010, pp. 16 y ss).

Cómo han de valorarse el avance de esas capacidades es el punto en discusión, especialmente, porque es necesario buscar criterios objetivos que aseguren la disminución de la incertidumbre y el arbitrio y para ello suele utilizarse la regla del menor maduro, aunque ello tampoco resuelve definitivamente la cuestión —art. 162.1 CC<sup>9</sup>. Decidir sobre la

<sup>9</sup> Art 162.1 CC: Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar

madurez de un menor es emitir un juicio de valor, por lo tanto subjetivo y adaptable a las circunstancias. Si bien, ciertos elementos pueden servir de guía en esta labor, debe evitarse el maniqueísmo, pues ese juicio no puede hacerse con base en el interés de los adultos implicados o teniendo en cuenta sus parámetros de referencia, sino los propios del menor dentro de su cohorte (Weithorn/Campbell, 1994, p. 1595), esto es, atendiendo exclusivamente el interés superior del menor aunque no siempre coincida con las ideas o principios de estos (Observación general N° 14 (2013), pars. 4 y 32). Tampoco puede exigirse que todos los elementos concurren simultáneamente, pues solo son orientadores en la toma de decisión.

Es importante considerar que aún no se han desarrollado suficientes herramientas para evaluar principios o herramientas útiles para la evaluación de la capacidad del niño de ejercer sus derechos en las distintas esferas de su vida o para la promoción de los más altos niveles de competencia (Lansdown, 2005, p. 78). La circular 1/2012 de la FGE, sobre *“El tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en casos de riesgo graves”* al referirse a la toma de decisión por parte del médico sobre la madurez del menor para decidir en el ámbito de la salud recomienda además de atenerse al sentido común (¿?), algunas pautas.

La Observación General n° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/CG/12, 20 de julio de 2009), señala que el término “madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado. En el caso de los DSSR no debe perderse de vista que la madurez a valorar está referida a la capacidad del menor para ejercer autónomamente derechos sexuales y/o reproductivos que pueden ser diferentes (tener relaciones sexuales o abortar), o respecto a contenidos específicos de esos derechos (realizar un procedimiento de inseminación artificial o realizar una cesárea), con efectos permanentes o temporales (una esterilización o la implantación de un DIU), la decisión la adopta el juez o un proveedor de servicios (un aborto o la venta de un anticonceptivo), por tanto, con distintos niveles de intensidad y resultados variables, aun tratándose de un mismo individuo.

Antes de proponer algunos de los criterios posibles a tener en consideración en el momento de

---

por sí mismo.

No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

valorar la competencia del menor para tomar decisiones en este ámbito, conviene destacar que el juicio de valor sobre la madurez del menor debe hacerse caso por caso y respecto a situaciones concretas, incluso, cuando se trate de la misma categoría de derechos para un mismo sujeto, pues, por ejemplo, es posible que una menor sea madura para consentir la interacción sexual y/o para velar por la protección de su salud frente a las ETS, pero no esté capacitada para afrontar la maternidad. Como señala Lansdown, no todas las decisiones comportan los mismos umbrales de exigencia en cuanto a las competencias exigidas *“Un enfoque plausible consistiría en aplicar el principio de proporcionalidad, empleando una escala móvil de competencias en función de la gravedad de la decisión a tomar”* (Lansdown, 2005, p. 78).

#### *a) La edad:*

Es lógico suponer que esas capacidad evolutivas se vayan desarrollando con la edad, consecuentemente, no es igual la necesidad y amplitud de la protección en el ámbito de los DSSR para un niño de cinco años que para un/una adolescente de quince años. La circular 1/2012 FGE, indica: *“la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo recibido condicionan decisivamente la evolución de la capacidad del menor para formarse una opinión propia”*.

Algunas legislaciones, como desarrollo del mandato de autonomía progresiva del menor de edad contenida en la CDN, diferencia legalmente entre las categorías de niños o infantes y la de adolescentes o jóvenes adultos, reconociendo a través de esta categorización, distintos niveles de autonomía del menor y necesidades de protección en función de las diferentes capacidades evolutivas que se reconocen en cada una de ellas.

En España no existe esta categorización legal aunque en algunas materias es la propia ley la que hace una valoración legal de esa madurez, presumiéndola en cualquier caso a partir de cierta edad, como hace la LO 5/2000 de 12 de enero, para asignar responsabilidad penal al menor, o eliminándola, en cualquier caso, como hace la ley la LO 11/2015, de 21 de septiembre, en relación con el aborto y en otras se decanta por hacer diferenciaciones según la edad del menor como en algunos supuestos de la ley

41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, para el consentimiento informado en materia de salud.

*b) La capacidad intelectual y emocional:*

En otros casos la ley deja en manos del prestador del servicio o del operador jurídico la decisión, indicando como criterio orientador la capacidad intelectual y emocional del menor para comprender el alcance de la decisión y los riesgos y consecuencias que comporta, como hace la ley 41/2002 de autonomía del paciente como regla general, en la idea clara que el menor debe entender los presupuestos y consecuencias que implica la decisión a adoptar y quererla (ONU, 2009). Es un elemento muy conectado con la edad, pero esta relación no siempre es forzosa<sup>10</sup>, pues existen muchos otros factores que pueden estar presentes para obstaculizar la evaluación adecuada de las competencias exigidas, como el grado de apoyo, expectativas y/o influencias de los adultos significativos, la calidad de la información que recibe, el ambiente sociocultural de su entorno, entre otros (Lansdown, 2005, p. 78).

Además, como señalábamos anteriormente, también es necesario atender a las necesidades especiales del colectivo de menores de edad con discapacidad, especialmente mujeres jóvenes, pues, deben gozar de los mismos derechos reconocidos a los demás niños y niñas, en igualdad de condiciones y sin discriminación, por lo que debe arbitrase procedimientos eficaces que posibiliten conocer y respetar la voluntad del menor, y sobre todo ayudar a fomentar su autonomía también en este ámbito.

*c) La búsqueda de ayuda y asesoramiento:*

Es indicativo de una mayor comprensión de la sexualidad responsable y de una voluntad inequívoca en su intencionalidad de participar en la toma de decisiones con información y conocimiento previo (González/Durán, 2010).

*d) La experiencia previa:*

La sexualidad y la reproducción son procesos que entrañan diferentes momentos y etapas y algunos de

ellos son concomitantes, por esto, la experiencia previa, negativa o positiva, ofrece información y conocimiento que el menor incorpora en su acervo vital y podrá considerar en la toma de decisiones posteriores. Este elemento debe valorarse siempre de forma positiva en relación con la posibilidad de aportar racionalidad a la decisión, nunca de forma negativa en el sentido de “impureza” en contraposición con el valor positivo de la virginidad (Cocca, 2004, p.11) o falta de juicio en quienes tienen previa experiencia sexual. No obstante, como indicábamos, en ocasiones las experiencias negativas y la historia personal dejan una huella que puede convertirse también en un obstáculo para la evaluación adecuada de las competencias exigidas y ello también debe ser tenido en cuenta.

*e) La autoconfianza del menor en la capacidad para decidir*

Indica la voluntad manifestada por el propio menor de ser parte activa de la decisión y asumir la responsabilidad de la misma. Si bien, como esta puede ser estimulada o inhibida, podría considerarse también como un aspecto a reforzar por el entorno para garantizar la autonomía del menor, correspondiendo a los profesionales de la salud un importante papel, pues, deben suministrar las condiciones que la refuerce: ofreciendo la información más completa y oportuna y escuchando y disipando las inquietudes del menor (R.Cook, B.M.Dickens, p.20; González/Durán, 2010, p.21; Lansdown, 2005, p.43).

*f) La gravedad de la decisión y/o la perdurabilidad de sus efectos*

Son circunstancias ambiguas, pues, hacen referencia al contenido de la decisión y no directamente a la capacidad del sujeto para adoptarla que es lo que en estos momentos analizamos, aunque está íntimamente relacionada con la adquisición de las competencias para comprender la gravedad de la decisión. No obstante, dada la trascendencia de algunas de las decisiones en el marco de los DSSR, especialmente en la salud del menor, a veces, indelebles, suelen ser los criterios principales usados por la ley para justificar la sustitución del consentimiento del menor, como sucede en el art. 9.3, c) Ley 42/2002.

Como indica el Comité de Derechos del Niño, en la Observación N° 14, al evaluar el interés superior del niño, hay que tener presente que sus capacidades evolucionan. Por lo tanto, los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles.

<sup>10</sup> En relación con el consentimiento para la aplicación de tratamientos médicos, según Lansdown, se consideran como esenciales los siguientes elementos: La habilidad de comprender y comunicar informaciones relevantes; La habilidad de reflexionar y elegir con un cierto grado de independencia, La habilidad de evaluar los potenciales beneficios, riesgos y daños; La construcción de una escala de valores relativamente estable (Lansdown, 2005, pp. 77 y 78).

Para ello, no solo deben evaluar las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento concreto de la decisión, sino que también deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo. Algunos autores, como Lansdown, exigen demostrar, que los riesgos relacionados con la toma de la decisión por parte del menor irían en contra del interés superior del niño (Lansdown, 2005, p.78).

Sin duda, a mayor relevancia de la decisión, mayores serán las exigencias en los distintos aspectos de las competencias requeridos a la/el menor para tomarla, especialmente referidos a la edad y a las distintas capacidades intelectuales, emocionales y sociales para comprender y querer la decisión y sus

consecuencias. A menor riesgo relacionando con esta, menores competencias serán exigidas y viceversa y no podrá sustituirse el consentimiento del menor salvo que se demuestre que el menor no posee las competencias demandadas para la toma de la decisión concreta (no en abstracto).

Desde esta perspectiva, *la gravedad de la decisión y/o la perdurabilidad de sus efectos*, deben conectarse, también, con otro de los elementos imprescindibles para apreciar la validez del consentimiento, esto es, la información suficiente y adecuada en la que este se basa, que junto a la voluntariedad o libertad de coacciones externas o internas del menor, conforman los tres pilares sobre los que se asienta la validez del consentimiento<sup>11</sup>.

El Tribunal Constitucional español en la trascendental sentencia 154/2002 de 18 julio, resolvió a favor de los recurrentes un recurso de amparo presentado por los padres de un menor de trece años, Testigos de Jehová, condenados como autores de un delito de homicidio por omisión, pues no autorizaron la trasfusión de sangre que su hijo requería, aunque solicitaron tratamientos alternativos y no presentaron oposición a la orden emitida por el Juzgado de Guardia para practicar la trasfusión. No obstante, la trasfusión no pudo realizarse ante la negativa del menor que “con autentico pavor” se opuso, agravando su situación médica, también por razones religiosas a pesar de haber sido informado por los médicos del alto riesgo de muerte, sin que los padres actuaran de manera disuasoria pues iba en contra de sus creencias. A pesar de distintos intentos de obtener tratamientos alternativos, el menor murió, aun cuando existía una alta probabilidad de recuperación si hubiese obtenido la trasfusión a tiempo.

Entre otras interesantes cuestiones el Tribunal entiende (Fund. Jco. 10):

1- El menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. Específicamente indica en el fund. Jco. 9: “...*cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal –como distinto del derecho a la salud o a la vida– y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE).*”

2- En todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales

3- El valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor, «en su dimensión objetiva, es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional”

4- Según los efectos previsibles de la decisión del menor reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida.

Aunque concluye que no hay datos suficientes de los que pueda deducirse con certeza que el menor fallecido, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que analizada y por tanto la decisión del menor no vinculaba a los padres, señala a continuación: “*había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos.*” (Fund. Jco. 10)

11 Ver ampliamente: González/Durán, 2010, pp. 27 y ss;

#### 4. LA SUSTITUCIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y EL PRINCIPIO DEL “SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR”

Como se ha señalado reiteradamente, si se quiere ser consecuente con la nueva concepción de los derechos del menor emanada de la CDN, el respeto a su autonomía y la promoción de esta debe ser la prioridad en aquellas situaciones en las que es posible argumentar que las decisiones adoptadas en materia de derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva son consecuencia de la madurez exigible en el caso concreto al menor.

Solamente cuando esta madurez no sea suficiente, entrará en escena el sistema de protección arbitrado por el respectivo ordenamiento jurídico que define los sujetos, los contenidos y los procedimientos, para velar y decidir en sustitución del menor, atendiendo al interés superior del menor, que debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño, aunque, en cualquier caso, la evaluación y la determinación de este deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos (Observación general N° 14 (2013), párr. 32).

Tal como manifiesta la STC 141/2000 de 29 de mayo, “*la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) (RCL 1990, 2712) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/1992 de 8 de julio), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos...*”.

Desde esta perspectiva debe valorarse el interés superior del menor como principio básico que rige toda la actuación de terceros con menores, y así aparece recogido por las distintas normas nacionales e internacionales citadas como parte del estatuto jurídico del menor, fundamentalmente, el interés superior del niño como noción y como cláusula jurídica, debe ser interpretado en el marco del instrumento internacional que la contiene, es decir la Convención

de los Derechos del Niño. Por lo tanto, esa interpretación debe ser consistente con el conjunto sistemático de protecciones que este instrumento consagra, junto al marco más general de protección que emanan de los Derechos Humanos y nunca puede darse una interpretación jurídica del interés superior del menor que implique una disminución a la vigencia de sus derechos. Respecto al Estado no es inspirador, no es un objetivo social deseable, es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo de garantizar plenamente los derechos del menor y estar limitado por ellos, superando cualquier tentación paternalista (Cillero, 2006, pp. 133-136; Observación general N° 14 (2013), parr 32)<sup>12</sup>.

Artículo 3 CDN:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Así mismo, el nuevo art. 2 LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (modificado por el art. 1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), lo define como principio prioritario en la actuación con menores:

Artículo 2: En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos *primará el interés superior* de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Como novedad importante debe señalarse que el citado artículo eleva a la consideración de derecho del menor el que: “*...su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado*”.

El interés superior del menor, como principio jurídico indeterminado, ha sido un concepto útil para que los operadores jurídicos puedan desarrollar una actividad positiva en la construcción de un sistema eficaz de protección del menor intentando determinar y priorizar los derechos de estos en contraposición a

<sup>12</sup> Cillero, B., M., “Infancia, Autonomía y Derechos ...”, cit. p. 8

otros intereses también en juego, no obstante, dada su vaguedad es indudable que también ha resultado bastante cómodo para defender casi cualquier interpretación de la ley. A pesar de las dificultades debe dotársele de contenido, pues como todos los principios, intencionadamente abstractos, no dejará de ser mera proclama, si no se le interrelaciona inescindiblemente con los derechos y sus garantías, de forma tal que el interés superior del menor no pueda ser entendido de forma aleatoria y diferente por cada operador jurídico.

En esta idea, el actual y reformado art. 2 LO 1/1996, ha realizado, en contraposición a la indeterminación preexistente, un intento de regulación de los criterios generales a efectos de la interpretación y aplicación del interés superior del menor, a concretar en cada caso, señalando además los elementos que deben ser tenidos en cuenta en la ponderación, así como su relación con otros intereses concurrentes y las garantías procesales.

Si bien no puede desdénarse este esfuerzo, que puede ser relevante en supuestos concretos, no debe otorgársele valor de exhaustividad a la relación allí contenida, como señala el mismo precepto (art. 2.2 LO 1/1996), y tampoco de prelación, puesto que básicamente lo que se ha hecho, de forma un tanto caótica y desordenada -además, lógicamente, de incompleta-, se orienta prioritariamente a ofrecer respuestas a algunos supuestos conflictivos planteados a las instituciones y tribunales en los últimos años, especialmente, en materia de acogimiento, extranjería o maltrato intrafamiliar, pero no puede concluirse por ello que se haya establecido un orden de jerarquía, ni en los derechos mencionados, ni frente a los muchos que no lo están, por ejemplo, los sexuales y reproductivos, que no por ello dejan de tener vigencia.

Por otra parte, la reiteración de conceptos, la búsqueda de fórmulas omnicomprendivas, e incluso contradictorias (art. 2.4 LO 1/1996), pretendiendo solucionar legalmente los conflictos de derechos que siempre estarán presentes, además de ser un esfuerzo inane, puede ocasionar distorsión en la materia. Finalmente, puesto que el interés del menor es un concepto cambiante y dependiente de las circunstancias personales, familiares y sociales del menor, encorsetar el principio, lo haría inoperante.

La STS nº 565/2009 de 31 de julio, establece una serie de criterios, que buscan orientar la determinación del interés del menor: atender a las necesidades básicas del menor; atender a los deseos del menor

sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento. Estos dos criterios que se priorizan, se complementan con la necesidad de considerar la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse y finalmente deben valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión “en interés del menor” (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica.

En suma, el interés superior del menor es un principio rector que debe ser tenido en cuenta en la toma de decisiones relevantes que compete a terceros respecto al menor, por lo tanto, debe entenderse referido a priorizar todo aquello que resulte ser más beneficioso para el menor, nunca aquello que pueda perjudicarlo, considerando todas las circunstancias concurrentes, en aras de garantizar también para él, el mandato constitucional contenido en el art. 10 CE, esto es, asegurar su dignidad como persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad (Alaez Corral, 2013).

Debe observarse, que el mandato del art. 10 CE, no es solamente un resultado al que debe dirigirse la acción después de priorizar el interés del menor, pues, si no se toma en cuenta tanto su dignidad, como sus derechos y se atiende a su personalidad y su esfera más íntima, no puede hacerse realmente una valoración real de ese interés. Por tanto, es un concepto circular que se retroalimenta y por ello admite diferentes elementos de ponderación y grados, según el ámbito y afectación del derecho que está en discusión.

Así por ejemplo, el derecho a ser oído es una garantía procesal que asegura su derecho al debido proceso cuando nos encontramos ya en este terreno, pero el reconocimiento de su dignidad y sus derechos de libertad, deberían asegurar la autonomía del menor en la toma de decisiones en estadios previos a la intervención judicial, cuando tenga madurez para hacerlo. En este caso, la determinación de los elementos objetivos que permiten decidir sobre la capacidad de decisión del menor (madurez) en el ámbito que se discute, es una decisión previa que tiene que ver con otros derechos y su desarrollo en la vida del menor y no solamente con el debido proceso. Puede afirmarse que el interés superior del menor se constituye en un

límite en la toma de decisiones respecto al menor, pues, ninguna debe adoptarse a costa del de los derechos del menor.

Al mismo tiempo debe apreciarse que, cuando el menor no puede decidir por sí mismo y requiere de protección, esta será siempre en aras de asegurar el interés del menor, por tanto, debe tender a los mismos objetivos, esto es, asegurar su dignidad como persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad.

Como señala el Comité de Derechos del Niño, en la Observación N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, cuando se evalúa ese interés debe hacerse caso a caso e individualmente atendiendo todas las circunstancias pertinentes, por lo que los distintos elementos de la evaluación del interés superior pueden entrar en conflicto, especialmente entre los factores de protección y los factores de empoderamiento, lo que exige su ponderación, teniendo en cuenta la edad y madurez del niño y atendiendo al propósito general de la evaluación en la determinación del interés superior del niño que es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, y el desarrollo holístico del niño.

En materia sexual, al tratarse de derechos personalísimos, el consentimiento no puede ser sustituido, no obstante, las decisiones que se adopten por parte del juez penal en torno a la licitud/ilicitud de la conducta afectan directamente al menor, por tanto, también debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, especialmente al evaluar su madurez para consentir el contacto sexual. En el ámbito de la salud sexual y reproductiva, donde la ley sí permite la sustitución del consentimiento del menor por el de sus padres o tutores en algunos supuestos, la casuística es amplia, pero las situaciones más complejas se presentan en relación con el conflicto planteado entre los derechos de el/la menor y las objeciones de conciencia que puedan presentar los padres o médicos a quienes les corresponde decidir en su nombre, por ejemplo, en materia de aborto -aunque no es el único supuesto- e incluso es posible encontrar desacuerdos entre los padres y los médicos que se ocupan del menor.

Si se traslada al campo de la salud sexual y reproductiva del menor los acuerdos actuales en torno a la interpretación del interés superior del menor, entendiendo que la decisión debe ser siempre a su favor, bien, aplicando el principio de beneficencia propio de la bioética, o bien, el principio de la búsqueda de su

bienestar, que preside el campo de la salud (García Ruíz, p.27), debe concluirse, que no puede adoptarse decisiones que causen un daño a los menores, y en caso de conflicto con otros derechos concurrentes, en aplicación el interés superior del menor, deben ponderarse<sup>13</sup>, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones.

### 5. LÍMITES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN EN MATERIA DE SALUD SEXUAL DEL MENOR DE EDAD

La elevación de la edad del consentimiento sexual y la limitación de la capacidad para decidir el aborto a todas las menores de edad, -incluso a las de dieciséis-dieciocho-, no impide que las/los menores sean sexualmente activas<sup>14</sup> y se vean enfrentados a situaciones de hecho complejas, pues todas estas menores sexualmente activas dentro o por fuera de los límites legales, requieren servicios de salud sexual y reproductiva, lo que da lugar a una serie de dificultades desde el punto de vista legal ya que muchas decisiones, necesarias desde el enfoque de los DSSR, como la provisión de anticonceptivos, el aborto o una prueba del SIDA puede chocar formalmente con la ley, y/o puede vulnerar su derecho a la confidencialidad (Yarrow et al, 2014, pp. 151-152).

Los arts. 4, 8 y 9 de la Ley 41/2002 que contemplan la información asistencial, el consentimiento informado y el consentimiento por representación, después de la última reforma de 2015, pueden dar lugar a un sinfín de variadas interpretaciones.

13 González/Durán (2010, p. 26), para señalar como el interés superior del menor puede dar lugar a la intervención judicial a favor de la menor en caso de aborto, en cualquier caso, y citan la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos. *Bellotti contra Baird* (*Bellotti II*). 443 U.S. 622. Estados Unidos. 1979, en un supuesto en el que una Ley de Massachusetts obligaba a las menores no casadas a obtener el permiso de los padres para acceder a un aborto y sólo ante su negativa permitía la búsqueda de una autorización judicial, la cual podía ser negada si se consideraba contrario al interés superior del menor. La Corte, decidió, en primer lugar, que las menores podían acudir al juez y obtener autorización, sin acudir antes a sus padres, y los jueces, si la menor era madura debían dar la autorización. Cuando la menor era inmadura también debía obtenerla de acuerdo con su interés superior.

14 En un estudio realizado por el Instituto Guttmacher (2013) sobre la edad de la primera relación sexual realizado en 30 países de todo el mundo, se demuestra que una gran proporción de niños y jóvenes han tenido experiencia sexual antes de la edad legal de consentimiento en sus respectivos países,

Concretamente la reforma tiene gran trascendencia en materia de salud sexual y reproductiva de los menores, especialmente de las mujeres, y no solo porque la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, modificó directamente lo relativo al consentimiento de las mujeres de dieciséis y diecisiete años para abortar, pues, los cambios operados en la ley tienen incidencia en materias sensibles relacionadas con la información sobre sexualidad y salud sexual y/o sobre intervenciones que tengan como causa la sexualidad y/o las relaciones sexuales de donde se derive una actuación que afecta a su salud, por ejemplo, cesárea, tratamientos diagnósticos como la amniocentesis, cirugía fetal, tratamientos anticonceptivos o de fertilidad, etc.

El nuevo art. 9.3, c), de la Ley 41/2002 cambia sustancialmente el sentido de la autonomía del menor, de forma que dónde antes decía:

*“Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación”*,

La nueva redacción sostiene:

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

Añadiendo:

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

Además, el inciso 6 del mismo artículo señala que la decisión por representación deberá adoptarse atendiendo siempre *“al mayor beneficio para la vida o salud del paciente”* y será **el médico quien realice la valoración de si la decisión del representante legal es contraria a tal interés**. En caso de contradicción le impone la obligación de ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, facultando al médico para adoptar *“las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente”*, por razones de urgencia<sup>15</sup>.

De la literalidad de los arts 4, 8 y 9 de la ley 41/2002 legal podemos deducir lo siguiente en materia de consentimiento del menor:

#### ***a) Consentimiento informado (Art. 8.1 Ley 41/2002)***

informado y consentimiento por representación.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente 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. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) 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 dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

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

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

5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

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

6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

15 Ley 41/2002, Artículo 9. Límites del consentimiento

Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez recibida la información prevista en el artículo 4 ley 41/2002. La STS nº 3/2001 de 12 de enero y 447/2001 de 11 de mayo, ambas de la Sala Primera, sostienen: “*..el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo*”, aunque según el Convenio suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina (ratificado por España en 1999 y en vigor desde el 1 de enero de 2000), se dan algunas excepciones, entre las que se encuentran los menores que no tienen capacidad para expresar su consentimiento, estableciendo diferentes pautas de actuación según las circunstancias.

### **b) Consentimiento por representación, art 9.3**

En el caso del paciente menor de edad, deberá contarse siempre con su consentimiento directo, **salvo** cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (art. 9.3, c). No existe una prohibición legal que afecte a los menores de dieciséis años, por tanto no puede afirmarse que los menores de esta edad no pueda decidir por sí mismos y habrá que analizar caso por caso si el menor tiene las competencias necesarias para otorgar un consentimiento válido y en caso contrario contar con el consentimiento de sus representantes legales.

Esta fórmula que ya existía previamente a la reforma, da un amplio margen de intervención a la representación del consentimiento en una situación que afecta los derechos de salud sexual y reproductiva, pues, si bien pueden acordarse ciertos criterios objetivos para determinar la capacidad intelectual, no obstante, la capacidad emocional de una/un adolescente inmerso en una situación de embarazo no deseado, aborto, problemas y/o riesgos gestacionales, parto o cesárea, cambio de sexo, enfermedades de transmisión sexual, etc., evidentemente está comprometida dada la trascendencia de las decisiones que debe adoptar -aunque no por ello se deduzca necesariamente que no exista-, especialmente, si no cuenta con el apoyo y el afecto de sus padres o tutores, más

aún, si existe riesgo de maltrato o son menospreciados por estos en razón de su situación, o está bajo presión de sufrir un mal mayor, o presenta distorsiones cognitivas, por ejemplo, por una insuficiente o deficiente asesoría o prestación de servicios de los servicios públicos de salud.

No se olvide, por ejemplo, que en Navarra, aun hoy, las interrupciones voluntarias del embarazo (IVE), no pueden hacerse directamente en la sanidad pública por razones ideológicas, y que en algunas zonas de la comunidad de Madrid, las demoras son tan largas, que llegan a superar el plazo legal, por lo que muchas mujeres optan directamente por la sanidad privada. La pregunta es ¿qué sucede cuando la mujer no tiene recursos?, peor aún, ¿cuándo se trata de una mujer joven sin recursos?

### **c) Consentimiento del menor de dieciséis y diecisiete años (art. 9.4)**

No cabe el consentimiento por representación en relación con menores emancipados o menores de 16 y diecisiete años, si no están incapacitados judicialmente y están capacitados intelectual y emocionalmente para comprender el alcance de la intervención (art. 9.4 Ley 41/2002), salvo que, según criterio del médico exista un “*grave riesgo para la vida o salud del menor*”. Como puede observarse en los supuestos contemplados es el médico quien debe decidir, por fuera de la voluntad del menor y de su representante, por ello, deben fijarse criterios claros. Aunque la STS 565/2009 de 31 de julio, prioriza la vida y la salud del menor como criterio definidor del interés del menor, otorgando al médico decidir cuándo corresponde priorizar ese interés, no debe olvidarse que esta potestad sólo le corresponde en caso de “grave riesgo”.

La comunidad médica debe delimitar criterios objetivos, pues, los protocolos actuales frente a cualquier intervención o proceso médico en el ámbito de la obstetricia y la ginecología, la cirugía y otros procedimientos médicos que pueden ser pertinentes, incluyen la exigencia de un “consentimiento informado”<sup>16</sup> que alude, en todos los casos, por sistema, además de

16 Por ejemplo, “Consentimiento Informado”, Portal de la Junta de Andalucía, disponible en: [http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/contenidos/Informacion\\_General/p\\_3\\_p\\_11\\_procedimiento\\_consentimiento\\_informado/listado\\_especialidades\\_quirurgicas?perfil=org&idioma=es&contenido=/sites/csalud/contenidos/Informacion\\_General/p\\_3\\_p\\_11\\_procedimiento\\_consentimiento\\_informado/listado\\_especialidades\\_quirurgicas](http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/contenidos/Informacion_General/p_3_p_11_procedimiento_consentimiento_informado/listado_especialidades_quirurgicas?perfil=org&idioma=es&contenido=/sites/csalud/contenidos/Informacion_General/p_3_p_11_procedimiento_consentimiento_informado/listado_especialidades_quirurgicas), consultado el 20/11/2015

a los riesgos más frecuentes y específicos de la intervención concreta, a la probabilidad de riesgos graves, incluso la muerte, que debe firmar el paciente, por lo que finalmente la información real, actual y específica sobre esos riesgos es determinante para dilucidar quién debe decidir finalmente.

**d) Consentimiento de los representantes legales para abortar (art. 9.5, par. 2)**

El art. 9.5 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, modificado por LO 11/2015, de 21 de septiembre, además del consentimiento de las menores de dieciséis y diecisiete años, introduce la exigencia del consentimiento de los representantes legales de estas para abortar, remitiendo al Código Civil para resolver el conflicto que pueda presentarse entre ellos. Esta reforma, como han manifestado reiteradamente la doctrina y las organizaciones sociales, es retrograda y discriminatoria, pues, disminuye la efectividad de los derechos arduamente conseguidos con la actual *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* (ley de plazos, BOE núm. 55 de 04 de Marzo), además de afectar exclusivamente a los derechos de las mujeres, específicamente, el de las mujeres jóvenes.

Así mismo, muestra una gran falta de sensibilidad frente al colectivo que en abstracto, pretende proteger, en aras de conseguir rédito político y beneficio electoral, pues, finalmente consigue mostrar frente a sus electores más recalcitrantes una acción ejemplarizante y moralista que testifica el cumplimiento, así sea parcial, de su programa electoral -que no pudo ejecutar gracias a la contestación social-, sin atender a las consecuencias de esta decisión, pues, precisamente en los casos más graves, las menores optarán por afrontar el riesgo de un aborto clandestino y probablemente inseguro, intentando evitar que sus padres se enteren de los hechos.

No existen razones objetivas basadas en el interés del menor que justifiquen la decisión de limitación de su derecho a la autonomía personal a decidir, pues, en contra de lo manifestado en la exposición de motivos de la reforma que dice:

*“La Ley Orgánica 2/2010 impide a los progenitores y tutores cumplir con la obligación recogida en el Código Civil, privando a las menores de la protección que el mismo texto legislativo reconoce, de poder contar, en un momento crucial y*

*complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria”.*

Lo cierto es que la ley 2/2010, exigía que al menos uno de los tutores legales fuere informado salvo en casos muy concretos en los que:

*“... la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.*

A pesar de lo pretendido, el cambio normativo aparejará graves consecuencias para las menores que, precisamente, por razones objetivas no comunican a sus padres o tutores su decisión, la mayoría de las veces porque existe desamparo y/o violencia familiar, condenándolas a un aborto clandestino con grave riesgo para su vida o salud o a una maternidad no deseada, agravándose la situación si no se ofrece una oportuna y correcta información. El Grupo de Expertos sobre Discriminación contra la Mujer en su visita a España en 2014 manifestó que la actual regulación de la objeción de conciencia obstaculiza el acceso de las mujeres al aborto y la nueva regulación del aborto exigiendo el consentimiento de los padres restringe aún más el acceso de las niñas a un aborto seguro y legal, y pone la carga de la prueba en las niñas respecto a que la notificación a sus familiares supone un riesgo. Consideraciones similares se aplican en relación con las niñas menores de dieciséis años (ONU, 2014).

La realidad sociológica tras el aborto es que durante el año 2013 la tasa de abortos por mil, se situó en el 11,74 descendiendo respecto a años anteriores, al igual que la tasa de abortos en el grupo de edad de menores de 19 años que está en 12,23, -mucho menor si solo se tomaran como referencia las mujeres de dieciséis y diecisiete años-, datos que confirman la tendencia a la baja iniciada desde que entró en vigor en 2010 la ley de plazos<sup>17</sup>. En España según datos oficiales existen poco más de un millón de mujeres con edades comprendidas entre los 15 y los 19 años, de las cuales un 23,7% son de origen extranjero.

<sup>17</sup> Según los datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, durante el año 2013, el número de IVE (interrupción voluntaria del embarazo) en mujeres de 16 y 17 años fue de 4010. Disponible en [http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/docs/IVE\\_2013.pdf](http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/docs/IVE_2013.pdf), consultado el 28 /09/2015

En el estudio realizado por la Asociación ACAI (Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del Embarazo), según sus propios datos aportados por los centros asociados, durante el periodo comprendido entre enero de 2014 y septiembre del mismo año, un total de 25.394 mujeres interrumpieron su embarazo, de las cuales 913 (3,60%) eran mujeres que accedían a una interrupción a la edad de dieciséis y diecisiete años, y de ellas 113 lo hicieron sin conocimiento de sus padres o tutores, lo que representa un 0,44% del total de mujeres que interrumpieron voluntariamente su embarazo y un 12,38%, respecto de las mujeres de dieciséis y diecisiete años en la misma situación (ACAI, 2014). Lo más llamativo del informe es el dato del 87% de mujeres de dieciséis y diecisiete años que si informan a sus padres o tutores, esto es, casi una de cada 10, y quien no lo hace “...o está emancipada, casada, con pareja de hecho, ya es madre...o no puede acudir a ninguno de sus progenitores bien por razones ideológicas, morales, religiosas, penales, relativas a la salud parental, desentendimiento del problema...o por su propia seguridad, porque la respuesta previsible de algunos padres al conocer la situación de embarazo de sus hijas, es acudir a la violencia como primera vía de acercamiento al problema”.

La doctrina tanto nacional como internacional y las organizaciones que trabajan en este tema, señalan que el riesgo de embarazo adolescente se concentra en los grupos sociales más vulnerables y desfavorecidos (Cook et al, 2007, Delgado et al, 2011). A mayor desventaja socioeconómica, las adolescentes usan menos protección anticonceptiva y tienen menos motivación para evitar quedarse embarazadas. Las madres adolescentes tienen menos probabilidades de acabar los estudios secundarios, entrarán más tarde en el mercado laboral, registrarán menores tasas de actividad, y sufrirán una pérdida notable de oportunidades de emparejamiento saludable, esto es, su curso vital será gravemente afectado, además tienen mayores riesgos de sufrir incidentes de salud graves durante el embarazo, de tener partos prematuros y recién nacidos con bajo peso (Delgado et al, 2011).

Es paradójico que una mujer joven de dieciséis y diecisiete años a quien no se le considera suficientemente madura para decidir sobre la interrupción voluntaria de su embarazo, sin embargo, sea considerada madura para proseguir el embarazo y desarrollar el cuidado necesario para ella y el feto durante el mismo y finalmente para ser madre sin quererlo o dar el hijo en adopción, decisión que, contrariamente a todos los argumentos expresados para impedir

la decisión autónoma de interrupción voluntaria del embarazo, si puede tomar por sí misma sin necesidad de representación.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre la existencia de un derecho en el marco del Convenio a proveer información de manera abierta sobre cuestiones relativas a la interrupción voluntaria del embarazo con base en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, específicamente, sobre el derechos de la mujer embarazada acceder a información “exhaustiva, completa, necesaria y neutra” sobre la salud del feto y sobre su propia salud “para la toma de una decisión informada” para poder ejercer con eficacia los derechos del art. 8 (caso P. y S. c. Polonia (2013) (Saura Estapà, 2015, pp. 24-26).

En este sentido y con base en las capacidades evolutivas del menor, la muy citada sentencia dictada en 1985 por la Cámara de los Loes en el caso *Gillick vs. el departamento de salud de West Norfolk y Wisbech* (3 All ER 402 HL) en la que se declaró la capacidad de unas adolescentes menores de 16 años para recibir asesoramiento y tratamiento médico anticonceptivo en función de su capacidad para comprender el alcance y finalidad de dicho tratamiento.

#### ***e) El mayor beneficio para la vida o salud del paciente***

En los casos mencionados en los que según la Ley 41/2002, Artículo 9, cabe el consentimiento por representación, señala el numeral 6 del mismo artículo, deberá a adoptarse atendiendo siempre “*al mayor beneficio para la vida o salud del paciente*”, decisión que incluso puede adoptar el facultativo por razones de urgencia, aun en contra de la voluntad de los padres.

Más allá de los supuestos más graves a los que se hace referencia debe resaltarse que la fórmula utilizada es ambigua e indeterminada, lo que posibilita un amplio campo de actuación al consentimiento por sustitución, que por esta vía puede terminar siendo la regla y no la excepción pues al exigir el art. 9.4 de la Ley 41/2002 que este siempre sea “*al mayor beneficio para la vida o salud del paciente*”, deja en manos del facultativo la decisión última, ya que es él quien puede rechazar la decisión del menor y/o sus representantes legales (Baus/Foerde, 2011).

Ciertamente, a diferencia de lo exigido en el art. 9.4, donde se indica que los representantes legales podrán dar su consentimiento por representación cuando el menor tiene dieciséis o diecisiete años solamente cuando se trate de una actuación con **grave riesgo** para la vida o salud del menor, el art. 9.6 posibilita que el facultativo o centro sanitario rechace el consentimiento del menor o su representante legal cuando a su criterio la decisión no es al *mayor beneficio* para la vida o salud del paciente debiendo judicializar la decisión, además de poder actuar, por razones de urgencia, en consecuencia.

Evidentemente no es lo mismo el grave riesgo para la vida o salud del menor, que el mayor beneficio para la vida o salud del menor, fórmula abierta, que puede tener como referencia diferentes parámetros tanto médicos como éticos, psicológicos e incluso sociológicos y que determina para el resto de pacientes –no menores- en la práctica médica cotidiana que este haga uso de su derecho a la segunda opinión, pues, el médico no siempre tiene la razón, y por ello, solo el paciente puede decidir libremente una vez obtenida toda la información médica pertinente, teniendo en cuenta todos los aspectos relevantes de su decisión (no solo los estrictamente médicos) con base en su autonomía personal y en el respeto a su dignidad, además en el caso de los menores, con la orientación de sus padres sin injerencias externas (CDN ) (Brudney/Lantos, 2014, pp. 79-80).

#### **f) Anticoncepción y prevención y tratamiento de las ETS**

Un tema interesante para la reflexión es el de la anticoncepción y la prevención y tratamiento de las ETS, puesto que ahora mismo es ambiguo -cuanto menos-, y tiene diferentes derivadas. Indudablemente el ejercicio libre y responsable de la sexualidad de cualquier persona exige un conocimiento adecuado y suficiente sobre la misma, su alcance, riesgos físicos y médicos y limitaciones en sociedad. Ahondando en ello, como señalan la OMS y las instituciones que se ocupan del tema, el acceso a la información y a los recursos no solo es una obligación del estado, sino también una necesidad si se quiere evitar los embarazos no deseados y las consecuencias negativas de una sexualidad sin prevención, incluido el VIH (ONU, 2003).

Esto nos sitúa en dos escenarios diferentes tratándose de menores: por una parte, como señala la propia 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual

y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 55 de 4 de marzo), arts. 9 y 10, es a través de la educación como debe asegurarse este conocimiento, por tanto, la gran pregunta es si este conocimiento se debe considerar como contenido del derecho a la educación de los menores, y por tanto debería impartirse en la enseñanza obligatoria con contenidos precisos y generales, de forma que no pueda darse discriminación en el acceso a la información según el perfil del centro educativo (público/privado o laico/religioso), lo que hasta la fecha no ha suscitado el suficiente consenso. En efecto, se discute el alcance de la regla del art. 27.3 CE, que asegura el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones –que no deberían ser incompatibles con el derecho a la educación-, razón por la cual, esta información en algunos centros no se imparte, se hace parcialmente, o es insuficiente y frecuentemente se hace a través de clases extracurriculares con contenidos variables<sup>18</sup>.

La cuestión más discutible, no obstante, como ya se señalaba, con posterioridad a la reforma sobre el consentimiento sexual es resolver si la actividad sexual de los jóvenes menores de dieciséis años es ilícita o no, pues, es un tema incierto y las dudas se trasladan también al tema de la información y el acceso a los recursos de contracepción y profilaxis sexual, básicamente, porque debe tomarse como punto de partida para ofrecer el servicio un hecho de dudosa licitud, la interacción sexual, que en principio y por definición está prohibido a los menores de dieciséis años. En efecto, existen varias cuestiones a tener en cuenta, que deberán ser resueltas a través

<sup>18</sup> En las conclusiones sobre España en el *Barómetro del acceso de las mujeres a la libre elección de anticonceptivos modernos en 16 países Europeos de la UE* (FPFE/IPPF, 2015) se concluye: La educación sexual es una materia recomendada por el gobierno en la Ley de SDR de 2010, pero no es obligatoria. La legislación no hace ninguna referencia a la educación sexual en el currículo escolar. No hay un presupuesto específico asignado para la educación sexual, aunque algunos Ayuntamientos pueden proporcionar a los centros escolares algún tipo de financiación. Tampoco está establecida la edad en la que se debería iniciar la educación sexual en los centros escolares y el profesorado no cuenta con ningún tipo de información ni guía sobre el contenido de la educación sexual ni materiales educativos adecuados, lo que genera grandes diferencias en el contenido de la formación que se ofrece, pero además ellos tampoco reciben formación adecuada. En la práctica, la educación sexual se imparte a iniciativa particular de parte del profesorado durante las horas asignadas a materias horizontales y normalmente la educación sexual no incluye información sobre los servicios locales de salud sexual y reproductiva.

de protocolos de actuación, pues, pueden ocasionar dudas, incertidumbres y errores en la atención de los profesionales encargados:

- Si un menor de cualquier edad solicita información sobre estos temas en un centro del sistema sanitario público o privado de salud: consultorios, centros de salud, hospitales, servicios de urgencias, servicios de planificación familiar y centros de atención a jóvenes, nos encontramos aparentemente frente a un conflicto de intereses, por una parte, el derecho a la educación y a la información del menor y, por otra, el conocimiento del profesional de la salud que atiende al menor, sobre la prohibición del art. 182 CP en materia sexual que afecta a los menores de dieciséis años y que, hipotéticamente, puede acarrearle consecuencias. Este conflicto tiene fácil resolución puesto, que es imposible saber previamente si ese menor solicita información para llevar a cabo la conducta prohibida o solo trata de obtener un conocimiento adecuado para cuando pueda ejercer sus derechos. Es la misma situación que plantea la información sobre seguridad vial antes de tener la edad legal para conducir, por lo que debe primar el derecho a la información (art. 10 CEDH, art. 18 CE).

El problema más grave se encuentra en el acceso a los recursos. Dada la gravedad de las consecuencias de la obstaculización del acceso a los recursos de contracepción y profilaxis sexual de los jóvenes, no sería lógico –aunque no descartable–, pensar que esta fuera la intención del legislador al modificar el código penal en materia de consentimiento sexual. Ciertamente, desde el punto de vista formal, no es aventurado afirmar que los servicios de planificación familiar no pueden ofrecer un asesoramiento personalizado en contracepción a menores de dieciséis años, en función de unas necesidades sexuales ciertas y conocidas del menor con una pareja que no resulte claramente “aceptable” según la ley penal. Por otra parte, es lógico suponer que se debe conocer suficiente las circunstancias y personalidades de sus pacientes para satisfacer los requerimientos éticos y legales de la determinación del tratamiento que proponen, si se pretende recomendar y ofrecer el método anticonceptivo y profiláctico más apropiado en el caso concreto (Cook/Cusack/Dickens, 2010, pp.257-258).

Si se atiende a la prohibición general de contacto sexual de cualquier menor de dieciséis años

contenida en el art. 182 CP podría concluirse que ofrecer y especialmente realizar actuaciones sobre el menor para lograr la adecuación de un determinado método anticonceptivo (inyectar, implantar, entregar, etc.) podría llegar a entenderse como una forma de colaboración en el delito, salvo en aquellos supuestos en los que previamente al ofrecimiento del servicio, el profesional decida con base por la información transmitida por el menor y/o su pareja, que efectivamente existe proximidad por edad y madurez y no se trata de un acto delictivo del que tiene conocimiento por razón de su cargo. Esta decisión obviamente genera un gravamen de incertidumbre, no solo para el profesional, que debe soportar la posibilidad del recurso penal por parte de los tutores o el fiscal, como para los propios menores que pueden ver rechazadas sus pretensiones en función de valoraciones morales o ideológicas de quien es el prestador de los servicios.

Esta conclusión es inaceptable desde el punto de vista de la salud sexual y reproductiva del menor de edad, razón por la cual habrá que acordar que priman estos derechos frente a otros hipotéticos intereses en conflicto, atendiendo el interés superior del menor, que debe entenderse aquí en el sentido de garantizar su actual salud e integridad física y psíquica, derecho del que son titulares según el art. 15 CE. Existe en este caso un ejercicio claro de un derecho a obtener servicios de salud sexual y reproductiva en el sentido expresado por el art. 20.7 CP, por tanto, los proveedores de esos servicios también estarán exentos de responsabilidad criminal (ONU, 2013).

Dado el grado de incertidumbre en la materia y el espaldarazo dado por la STC 145/2015, de 25 de junio de 2015, a la objeción de conciencia en este campo, deberá garantizarse el ejercicio de los DSSR y por esto se hace necesario protocolizar la actuación de los proveedores de salud sexual y reproductiva, -incluyendo a los farmacéuticos- en los diferentes niveles, comprendiendo también la regulación del derecho a la privacidad de los menores (Yarrow et al, 2014, Cook et al, 2010, pp. 152-153), y garantizando en todos los casos el acceso a la información y los servicios de salud solicitados, aun en aquellos supuestos donde se argumente la objeción de conciencia, que pese a la STC 145/2015, no es absoluto<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> En el caso, Pichon & Sajous c. Francia, 2001 el TEDH “declaró inadmisibles de plano la demanda presentada por los farmacéuticos” que habían sido condenados por negarse a ven-

Queremos incidir en la necesidad de garantizar la confidencialidad del servicio, en aplicación de la normativa referida a Derechos fundamentales, reconocida ya por muchos países que tienen legislaciones restrictivas en materia de consentimiento del menor en materia sexual con exigencia de información a padres o tutores (Cook et al, 2010, pp. 182-187), pues, los estudios cualitativos más recientes, demuestran que este es uno de los elementos centrales tenidos en cuenta en la búsqueda de información o de un servicio de salud sexual y/o reproductiva por parte de los menores activos sexualmente, y ante la duda sobre la posibilidad de información a los padres o tutores, muchos adolescentes renunciaran a un cuidado adecuado. En este sentido el Comité de Derechos del Niño manifiesta (ONU, 2013, par. 31):

*“Los Estados deben estudiar la posibilidad de permitir que los niños accedan a someterse a determinados tratamientos e intervenciones médicos sin el permiso de un progenitor, cuidador o tutor, como la prueba del VIH y servicios de salud sexual y reproductiva, con inclusión de educación y orientación en materia de salud sexual, métodos anticonceptivos y aborto en condiciones de seguridad”.*

- A pesar de cierta polémica, que incluye la objeción de conciencia por algunos proveedores de servicios de salud sexual y reproductiva, avalada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 145/2015, de 25 de junio de 2015, ha de entenderse que la píldora postcoital o del día después no es abortiva (no debe confundirse con la píldora abortiva RU 486), según indican las organizaciones médicas, pues, “no puede impedir la implantación de un huevo fecundado”<sup>20</sup>, solo obstaculiza la fecundación, por lo que su tratamiento debe seguir las pautas establecidas para el consentimiento del menor en el ámbito de la salud según el art 9.4 de la ley 42/2002 y no aplicarse lo señalado tanto en el art. 9.5 de la misma ley como en la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria de embarazo sobre el consentimiento del menor en materia de aborto.

---

der unas píldoras abortivas recetadas por un médico. (Saura Estapà, 2015, p. 28)

<sup>20</sup> Informe de la Sociedad Española de Obstetricia y Ginecología, “Información científica relevante sobre la anticoncepción de urgencia” que remite a la documentación que aprobó la Sociedad Española de Contracepción (SEC), disponible en: <http://sec.es/los-tres-informes-sobre-la-dispensacion-de-la-pildora-del-dia-despues-sin-receta/>, consultada el 23/10/2015

### ***g) La práctica de técnicas de reproducción asistida (art. 9.5) y la transexualidad***

La reproducción asistida y la transexualidad no tienen que ver directamente con la edad del consentimiento sexual, pero sin duda entran de lleno en la reflexión sobre el ejercicio de los derechos sexuales del menor de edad y la modulación de las competencias exigidas en cada caso atendiendo prioritariamente el interés superior del menor.

La legislación española ha sido reacia hasta el momento a incluir a los menores de edad en los cambios sociales y jurídicos que se han producido en estas materias, estableciendo la exigencia de la mayoría de edad. Se da aquí una interpretación legal del interés del menor, que se fija en función de presupuestos éticos, filosóficos y sociales –aun en discusión- de todo el grupo social “menor de edad” haciendo una valoración global y en abstracto de los intereses en conflicto, incluido el interés general y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, en el primer caso, para ser coherente con las políticas públicas a favor de la mujer que desaconsejan el embarazo adolescente y juvenil y en el segundo caso para retrasar una decisión, que cuando pasa por la operación quirúrgica, es casi siempre definitiva, de manera que legalmente se introduce un compás de espera hasta la plena capacidad jurídica para la toma de decisiones permanentes e irreversibles.

Al igual que sucede en otras cuestiones relevantes socialmente, como en el derecho al voto o la obtención del carné de conducir, la legislación pondera los diferentes intereses en juego y decide en consecuencia, aunque en el caso de los DSSR del menor pasa por alto que se trata de derechos personalísimos, necesarios para el libre desarrollo de su personalidad y por tanto los criterios generales siempre deberían poder ser modulados en el caso concreto. Obsérvese, por ejemplo, la incongruencia de exigir en art. 9.5 Ley 41/2002 la mayoría de edad para hacer uso de las técnicas de reproducción asistida en el primer párrafo 1º del artículo, pues, se le niega la posibilidad a la menor de edad de llegar a ser madre en todos los casos, aunque ella lo quiera, y sin embargo, en el párrafo siguiente, posibilita que se le obligue a serlo al exigir el consentimiento de los padres en el aborto, aun sin quererlo.

En relación con la transexualidad de los menores de edad existe un doble tratamiento en la ley en relación con su consentimiento. Por una parte, la Ley

3/2007, de 15 de marzo, prevé la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, exigiendo la mayoría de edad para poder solicitarla y, por otra, sin que tengan que ser concomitantes o consecuentes, es posible un cambio de sexo físico a través de la operación quirúrgica de reasignación de sexo, estando los menores de edad expresamente exceptuados, según dispone el art. 156 CP.

La jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo ha manifestado que en los casos de disforia de género no es necesaria la operación quirúrgica para reasignación de género o terapia hormonal, pues debe darse prevalencia al factor psicológico sobre el gonadal o cromosómico, con base en la dignidad humana, el derecho a la salud (art. 43.1 CE), el derecho a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) y a la protección de la integridad física y moral (artículo 15 CE), pues en suma se trata “...de dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyectara en su imagen y se desarrollara dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias” (STS 929/2007, de 17 de septiembre). Esta posición también ha sido mantenida en líneas generales por la Jurisprudencia del TEDH, con base en el derecho a la vida privada (art. 8 del CEDH), y específicamente en las sentencias de 16 de julio de 2014, (caso Hämäläinen contra Finlandia), en la sentencia de 10 de marzo de 2015 (caso Y.Y. contra República de Turquía), deja de requerir la operación quirúrgica para el reconocimiento de la transexualidad de la persona por parte de los poderes públicos, pues exigir las pueden ser medidas abusivas que den lugar a la discriminación fundada en la orientación sexual o la identidad de género.

A pesar de la claridad de estos argumentos, el art. 1 de la Ley 3/2007, exige la mayoría de edad para proceder a la modificación registral de la mención del sexo en la inscripción de nacimiento de las personas transexuales, además de otros requisitos, sin considerar que los menores transexuales están protegidos por los mismos derechos que le asisten a los adultos, más aun, como ha señalado el informe sobre derechos humanos e identidad de género del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, 29 de julio de 2009, en su caso, los problemas de discriminación que deben afrontar los transexuales adultos se incrementan debiendo someterse a un entorno inseguro, con acoso escolar e incluso expulsión de la familia, produciéndose altos índices de riesgo de suicidio, encontrándose con muy poca orientación apropiada y muy pocas redes de apoyo disponibles.

El Tribunal Supremo Español ha elevado al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por presunta vulneración de los artículos 15, 18.1 y 43.1, en relación al 10.1, CE, en cuanto que solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre.

## 6. REFLEXIONES FINALES

Es verdaderamente paradójico que se pretenda reforzar la posición jurídica del menor, a partir de la consideración de la salud como un derecho iusfundamental y no se haga otro tanto en relación con sus derechos sexuales que no se le reconoce o finalmente se reduzca o elimine su capacidad de decisión en los derechos reproductivos. Es así como a través de la reforma operada en la ley de autonomía del paciente de 2015, no solo se elimina casi cualquier posibilidad de decidir de las menores en relación con el aborto, que ya era un derecho para las mujeres jóvenes de dieciséis a dieciocho años, sino que por ampliación, se reduce su autonomía en casi cualquier cuestión importante relacionada con su vida y su salud, otorgando la representación primariamente a sus padres y tutores, cuando en realidad es al médico a quien se confiere la capacidad de decidir en última instancia, bien derivando la decisión al juez, bien actuando médicamente según su criterio en caso de urgencia.

La reivindicación de la autonomía del menor y su capacidad para decidir en relación con el ejercicio de sus derechos fundamentales, según su grado de madurez, que nosotros también hacemos desde aquí, no basta para asegurar la efectividad de sus derechos sexuales y de salud reproductiva en todos los casos. La contrapartida al reconocimiento de derechos, esto es, su protección, que corresponde al estado y se asigna a padres y tutores es el complemento necesario para hacer efectivos estos derechos cuando el menor no está en capacidad para hacerlo por sí mismo.

Como la capacidad es un concepto legal y hasta hace relativamente poco tiempo se partía de la premisa general de incapacidad del menor, el sistema jurídico a pesar de tímidos avances en algunas áreas, mantiene tics que desdibujan el avance que constituyó la aprobación de la CDN y el cambio de perspectiva reconociendo al menor como sujeto de derechos, retrotrayéndonos constantemente a normas e instituciones de vieja data cuyo fundamento se anclan en

principios ya superados, en viajes de ida y vuelta, que no solo causan perplejidad, sino también distorsión e inseguridad jurídica, pues, resulta difícil dilucidar cuál de las normas es la preponderante, especialmente, porque aun hoy se sigue legislando de forma parcial y errática, de manera que cada sector del ordenamiento jurídico puede llegar a hacer una lectura diferente de los derechos del menor y su capacidad para ejercerlos, sin que exista una teoría de los derechos fundamentales del menor, aun por hacer, como guía oriente la tarea.

En un Estado de Derecho, las leyes regulan el desarrollo de los derechos y hacen posible las condiciones para su efectividad, no obstante, no puede aceptarse, sin más, la vigencia del principio de legalidad, sin exigir a esta que cumpla tanto los requisitos formales, como materiales, que aseguren el objetivo final, que en este caso es el aseguramiento de los derechos del menor, máxime, si como se ha pretendido mostrar, se parte de un estructural tratamiento desigual basado en el prejuicio frente a los menores, en general, y las mujeres del colectivo, en especial. Es necesario reflexionar seriamente sobre este presupuesto y ofrecer a los operadores jurídicos, tanto administrativos como judiciales argumentos que permitan la toma de decisiones en el marco de una teoría de los derechos fundamentales del menor constitucionalmente orientada introduciendo el principio antidiscriminatorio como norma de igualdad material.

*“El razonamiento propio del juicio de igualdad ha de introducir algunos parámetros que exigen la inclusión en la argumentación jurídica de conocimientos característicos de la igualdad material como son el contexto social, los efectos sociales y de todo orden de las normas jurídicas, los presupuestos estructurales que existen tras las normas o los estereotipos que siguen siendo utilizados para justificar el trato diferenciado. Esto es, resulta necesario asumir la ampliación del rango de argumentos justificatorios y tales argumentos encuentran su sentido y origen en enfoques que precisan tener en cuenta la discriminación sistémica o estructural y la perspectiva de la interseccionalidad en los procesos discriminatorios” (Añon, 2013, p. 130).*

Hemos de asumir de una vez por todas la incongruencia que constituye reconocer los derechos del menor en las grandes declaraciones y normas fundamentales y a la vez limitar su capacidad de ejercicio en relación con algunos de ellos o sus contenidos, hasta el punto de desdibujarlos, reducirlos e incluso

hacerlos desaparecer cuando se trata de derechos personalísimos. Por otra parte, flaco favor se hace a la construcción de un concepto social y jurídicamente relevante del menor, cuando el ordenamiento jurídico es incapaz de un tratamiento coherente del mismo, por ejemplo, en relación con los derechos sexuales y reproductivos cuando impide que los menores de catorce a dieciséis años puedan tomar libremente la decisión de tener relaciones sexuales, o a las menores de dieciocho, abortar, por considerar que no tienen suficiente madurez para decidir autónomamente, mientras que por otra parte a cualquier menor de catorce a dieciocho años les imputa responsabilidad penal por la comisión de cualquier delito sexual, con base en el presupuesto de su suficiente madurez para comprender y determinarse penalmente.

De igual manera resulta perturbador para el sistema en su conjunto que los cambios legislativos operen como consecuencia de la imposición de opciones ideológicas predeterminadas, restringiendo derechos ya consolidados y no como resultado de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, en el caso de los menores, aún en construcción, por tanto en precario equilibrio, contribuyendo a crear grandes zonas de incertidumbre e injusticia material.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Benito ALAEZ CORRAL, (2013) “El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 21.
- María José AÑON (2013), *Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja*, Isonomía, No. 39, octubre 2013.
- APA (American Psychological Association) Task Force (2007), *Report of the APA task force on the sexualisation of girls*, American Psychological Association. Disponible: <http://www.apa.org/pi/wpo/sexualization.html>, consultado: 20/01/2016
- María Ángeles BARRÈRE y Dolores MORONDO (2011), “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45.
- Marianne K. BAHUS y Reidun FØERDE

- (2011), "Parents As Decision-Makers — Do the Attitudes of Norwegian Doctors Conform to Law?", *European Journal of Health Law* 18.
- Daniel BRUDNEY y John D. LANTOS (2014), "Whose Interests Count?", *Pediatrics*, Vol. 134 (2).
  - Vern BULLOUGH (2005), *Age of Consent: A Historical Overview*, *Journal of Psychology & Human Sexuality*, Volume 16, Issue 2-3.
  - June CARBONE (2014), "Legal Applications of the "Best Interest of the Child" Standard: Judicial Rationalization or a Measure of Institutional Competence?", *Pediatrics*, Vol. 134 (2).
  - CIDH (2011), *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*. Disponible: <http://www.cidh.oas.org/pdf/%20files/mujeresaccesoinformacion-materiareproductiva.pdf>
  - Miguel CILLERO BRUÑOL (2007). *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*, Justicia y Derechos del Niño, N° 9, UNICEF, Santiago de Chile. Disponible en: [http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia\\_y\\_derechos\\_9.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf)
    - (2011), "Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios", *Revista Pensamiento Penal*, N° 2, 2011, p.5, disponible: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/28723-infancia-autonomia-y-derechos-cuestion-principios>, consultada, 3/10/2015.
    - (1999), *Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios en UNICEF-IIN*, Derecho a Tener Derechos Tomo IV, Montevideo.
  - Carolyn E. COCCA (2004), *Jailbait. The politics of Statutory Rape Laws in the United States*, State University of New York Press, Albany.
  - Coram Children's Legal Centre (2014). *Qualitative research on legal barriers to young people's access to sexual and reproductive health services: Inception report*, London: IPPF. Disponible: [http://www.childrenslegalcentre.com/index.php?page=international\\_research\\_projects](http://www.childrenslegalcentre.com/index.php?page=international_research_projects).
  - Rebeca COOK y Bernard DICKENS (2005), *Adolescents and consent to treatment*, *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, núm. 89.
  - Rebeca COOK, Simone CUSACK y Bernard DICKENS (2010), *Unethical Female Stereotyping in Reproductive Health*, *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, núm. 109.
  - Nancy F. COTT, *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*, Harvard University Press, Londres, 2002.
  - Leonore DAVIDOFF, Keith McCLELLAND and Eleni VARIKAS (eds (2000), *Gender and History: Retrospect and Prospect*, Blackwell, Oxford.
  - Margarita DELGADO, Laura BARRIOS, Noelia CÁMARA y Francisco ZAMORA (2011): *La Maternidad adolescente en España*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Disponible:[http://www.consejomujeres-madrid.org/wp-content/uploads/2013/08/presentacion\\_estudio-adolescentes.pdf](http://www.consejomujeres-madrid.org/wp-content/uploads/2013/08/presentacion_estudio-adolescentes.pdf), consultado 28/01/2016.
  - Jose Luis DÍEZ (2000), *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*, Anuario de Derecho penal, Estudios de Derecho Judicial n° 21, Madrid.
  - Frances DORAN y Susan NANCARROW (2015), *Barriers and facilitators of access to first-trimester abortion services for women in the developed world: a systematic review*, *Journal of Family Planning and Reproductive Health Care*, N° 41; consultado, 18/11/ 2015.
  - Danielle EGAN Y Gail HAWKES( 2010), *Theorizing the sexual child in modernity*. Palgrave Macmillan, Nueva York.
  - Paula FASS (ed), *The Routledge History of Childhood in the Western World*, Routledge, Londres, 2013.
  - FPFE, *Barómetro del acceso de las mujeres a la libre elección de anticonceptivos modernos en 16 países Europeos de la UE*, FPFE/IPPF, 2015, Disponible: [http://www.ippfen.org/sites/default/files/Baro\\_leaflet\\_ES\\_web\\_v3.pdf](http://www.ippfen.org/sites/default/files/Baro_leaflet_ES_web_v3.pdf), consultado, el 24/01/2016.

- Lucinda FERGUSON (2013): “Not merely rights for children but children’s rights: The theory gap and the assumption of the importance of children’s rights”, *International Journal of Children’s Rights*, núm. 21
- Suzanne G. FRAYSER (2003), “Cultural Dimensions in Childhood Sexuality in the United States”, en Bancroft, John (Ed.), *Sexual Development in Childhood*, Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, pp. 255-273.
- Pastora GARCÍA ÁLVAREZ (2013), “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, *Revista General del Derecho Penal*, núm. 20.
- Michele GOODWIN (2013), *Law’s limits: regulating statutory rape law*, Wisconsin Law Review, Disponible: <http://wisconsinlawreview.org/wp-content/uploads/2013/05/6-Goodwin-2.pdf>
- Dorothy SHAW (2009), *Access to sexual and reproductive health for young people: Bridging the disconnect between rights and reality*, International Journal of Gynecology and Obstetrics, núm. 106.
- Ana GONZÁLEZ y Juanita DURÁN (2010), “Consentimiento informado: capacidad de los menores de tomar decisiones sobre su salud sexual y reproductiva”, en IPPF, *Derechos sexuales y reproductivos de la gente joven: Autonomía en la toma de decisiones y acceso a servicios confidenciales*, IPPF/Profamilia, disponible: [https://www.ippfwhr.org/sites/default/files/libro\\_espanol.pdf](https://www.ippfwhr.org/sites/default/files/libro_espanol.pdf), consultado el 23/09/2015.
- Alejandro GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2010): Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. Estudio realizado a partir de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 23.
- Helmut GRAUPNER (2000): Sexual consent: the criminal law in Europe and overseas, *Archives of Sexual Behaviour*, núm. 29(5).
- (2005), *The 17-Year-Old Child: An Absurdity of the Late 20th Century*, *Journal of Psychology & Human Sexuality*, núm. 16.
- Yolanda GARCÍA RUÍZ (2006), “Salud, autonomía y factor religioso: Una compleja encrucijada en el supuesto de los menores”, en Carmen Tomás-Valiente (ed), *La salud: intimidad y libertades informativas*, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia.
- Guttmacher Institute (2014). *Demystifying Data: A Guide to using Evidence to Improve Young People’s Sexual Health and Rights*, New York. Disponible: <https://www.guttmacher.org/pubs/demystifying-data.pdf>, consultada: 1/03/2016.
- Rachel HODGKIN y Peter NEWELL (2007), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3a edición completamente revisada, Unicef, Ginebra, Suiza.
- Lynn HUNT (2010), *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona.
- Mary Jane KEHILY y Heather MONTGOMERY (2004): “Innocence and experience, a historical approach to childhood and sexuality” en Mary Jane KEHILY (ed), *Introduction to Childhood Studies*, Open University Press, Maidenhead, UK.
- Carmen LAMARCA PÉREZ (2011): “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, edit. Colex, Madrid.
- Gerison LANSDOWN (2005) *La evolución de las facultades del niño*, Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF y Save the Children. Florencia, Italia.
- Diane LEVIN y Jean KILBOURNE (2008) *So sexy so soon: The new sexualized childhood, and what parents can do to protect their kids*, Ballantine Books, Nueva York.
- Judith LEVINE (2002), *The perils of Protecting children from sex*, University of Minnesota Press, Minneapolis.
- Lloyd de MAUSE, (1982), *Historia de la infancia*, Alianza Universidad, Madrid.

- Michelle OBERMAN (1994), *Turning Girls into Women: Re-Evaluating Modern Statutory Rape Law*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, núm. 85.
- Mary E. ODEM (1995), *Delinquent Daughters. Protecting and Policing Adolescent Female Sexuality in the United States, 1885-1920*, University of North Carolina Press, Chapel Hill.
- ONU (2009), Observación General nº 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/CG/12, 20 de julio).
- ONU (2013), *Observación general N° 14: sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*.
- ONU (2003), *Observación General N° 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de los Derechos del Niño*, CRC/GC/2003/4.
- ONU (2014), *Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice finalizes country mission to Spain*. Disponible en [http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15444&LangID=Linda\\_PAPADOPOULOS](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15444&LangID=Linda_PAPADOPOULOS), (2010) *Sexualisation of Young People Review*. Home Office, Londres.
- Jens QVORTRUP, William A. CORSARO y Michael-Sebastian HONING(ed) (2009), *The Palgrave Handbook of Childhood Studies*, Palgrave, Londres.
- Jean QVORTRUP et al (eds.) (1994), *Childhood Matters*, Aldershot, Avebury.
- (2009), “Are children human beings or human becomings? a critical assessment of outcome thinking”, *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, núm. 3-4.
- Julia ROPER(2014), “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El proyecto de 2013” *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV.
- Jaume SAURA ESTAPÀ, (2015), “El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones en perspectiva de derechos humanos”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº 29, 2015.
- Dorothy SHAW (2009), Access to sexual and reproductive health for young people: Bridging the disconnect between rights and reality, *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 106.
- Peter N. STEARNS (2006), *Childhood in World History*, Routledge, New York.
- Juan TERRADILLOS/Gloria GONZÁLEZ (2016), “Delitos contra la libertad sexual (I), Lecciones de Derecho Penal, Vol I, Iustel. Madrid.
- Sharon R. ULLMAN (1997), *Sex seen : the emergence of modern sexuality in America*. Berkeley : University of California Press.
- Matthew WAITES (2005), *The Age of Consent: Young People, Sexuality and Citizenship*, Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan.
- Merry WIESNER-HANKS (2007), *World History and the History of Women, Gender, and Sexuality*, *Journal of World History*, Vol. 18, núm. 1 marzo.
- Lois A. WEITHORN y Susan B. CAMPBELL (1982), *The Competency of Children and Adolescents to Make Informed Treatment Decisions*, *Child development*, núm. 53.
- Elisabeth YARROW et al (2014), *Can a restrictive law serve a protective purpose? The impact of age-restrictive laws on young people’s access to sexual and reproductive health services*, *Reproductive Health Matters*, Vol. 22(44).
- WAS (Asociación Mundial para la Salud Sexual) (2014), *Declaración de los Derechos sexuales*. Disponible: [http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/declaracion\\_derechos\\_sexuales\\_sep03\\_2014.pdf](http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/declaracion_derechos_sexuales_sep03_2014.pdf), consultado el 13/01/2016.