

CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICO-CRIMINALES DE LA ELEVACIÓN DE LA EDAD DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL EN LOS DERECHOS SEXUALES Y DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DEL MENOR DE EDAD *

Gloria González Agudelo

Prof.^a. Contratada Doctora (Titular acreditada) de Derecho Penal. Universidad de Cádiz

GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, núm. 18-15, pp. 1-31. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-15.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 18-15 (2016), 26 nov]

RESUMEN: A lo largo del año 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. 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 muchas que finalmente se emprendieron, que buscan excluir o limitar la autonomía de estos, y sobre todo, modular la realidad a través de la construcción social de la misma con base en el concepto de “pederastia” con claro contenido moral. 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.

PALABRAS CLAVE: Menor de edad, consentimiento, consentimiento por representación, 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. The goal was clear: exclude or to limit the capacity of decision of minors, and above all, to shape the reality throughout its social construction based on the concept "pederasty" with a clear moral content. 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.

KEYWORDS: Minor, consent, consent by proxy, sexual rights, sexual and reproductive health rights, abortion, AIDS, pederasty.

Fecha de publicación: 26 noviembre 2016

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, 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 de el/la menor de edad. 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. Los límites al consentimiento informado y al consentimiento por representación en materia de salud sexual y reproductiva del menor de edad y sus consecuencias político-criminales. 6. Reflexiones finales. BIBLIOGRAFÍA.

* 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.

1. Introducción

Gran parte del trabajo en la agenda de los derechos fundamentales del menor de edad se ha centrado no solo en obtener el reconocimiento de sus derechos, sino también en garantizar su efectividad, especialmente, a partir de la Convención de Derechos del Niño (en adelante CDN), que establece una protección reforzada para asegurar la preeminencia del “interés superior del menor” frente a otros intereses concurrentes, como puede serlo el de los padres, tutores, otros particulares o el Estado.

Esta idea de garantía y preferencia de los derechos del menor que aparece tan clara en todos los instrumentos internacionales y nacionales relativos a derechos fundamentales no siempre es manifiestamente deducible en el caso concreto. De hecho, en demasiadas ocasiones, la propia minoría de edad funge, aun hoy, como reclamo para pretermitir los mismos derechos que se asegura defender, básicamente al negar la autonomía del menor, la capacidad del menor para ejercer sus derechos personalísimos, o desconocer el derecho del menor a ser oído, lo que sucede en relación con todos los derechos pero primordialmente frente a sus derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva.

Un error muy frecuente en la dinámica reconocimiento de derechos/protección, es desconocer la titularidad de esos derechos, asignándoselos a quienes tienen la facultad de protegerlos o representar al menor, de forma que el menor termina siendo mero objeto de protección, es el caso del derecho a la educación, respecto del cual se reconoce 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 (art. 27.3 CE), derecho que es de los padres, pero puede entrar en colisión con el derecho del menor a recibir una educación completa y veraz que lo prepare para la toma de decisiones relevantes tanto personales como sociales a lo largo de su vida.

Otro error frecuente es sustituir el derecho por conceptos abstractos e indeterminados que en principio deben funcionar como salvaguarda del derecho hasta que el

menor tenga capacidad para ejercerlo directamente, es el caso de la indemnidad sexual. En esta línea de pensamiento se da una petición de principio, que consiste en aceptar que los menores no tienen derechos sexuales y por ende tampoco libertad sexual, debiendo por tanto protegerse su sucedánea y abstracta indemnidad sexual, que, no obstante, por voluntad del legislador puede sobrevenir sorpresivamente a una edad determinada variable (inexplicablemente dentro de esta línea argumental antes de la mayoría de edad), como sucede en el caso español, donde esta edad ha sido a los trece años desde el CP de 1995, y ahora treinta años después, cuando sociológicamente está demostrado que la edad de inicio de las primeras experiencias sexuales ha descendido, se ha elevado a los dieciséis años.

Durante el año 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 DSSSR), que junto a las restricciones ya existentes en materia de transexualidad o reproducción asistida, 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 en 2015, 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 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el art. 183 Código Penal en materia de consentimiento sexual, 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, que exige el consentimiento de los padres de las menores de más de dieciséis años para autorizar el aborto; la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que incide sobre el consentimiento del menor 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, que modifica lo relativo al consentimiento por representación del menor de edad en el campo de la salud, alteran sustancialmente todo este ámbito, de forma que tanto

material como formalmente estos cambios 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, deben tender a cambiar 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, supe-
ditándola 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 derechos de contenido sexual y de salud sexual y reproductiva y sus efectos.

Específicamente en torno a la elevación de la edad del consentimiento sexual e independientemente de nuestra opinión sobre la bondad de esta opción político-criminal, que judicializa el ejercicio de un derecho fundamental afectando seriamente el desarrollo de los menores en cuestión, cabría preguntarse si el resto de facultades inherentes al ejercicio de la sexualidad también están restringidas, como la autosatisfacción sexual -solo o acompañado-, la orientación sexual y muy especialmente la capacidad para decidir sobre las consecuencias de la interacción sexual: embarazo, aborto, enfermedades de transmisión sexual, pruebas diagnósticas, cesárea, etc. La situación es, después de las reformas, más compleja, pues, las cuestiones que aquí se discuten tienen que ver en muchos de los casos, además de con la libertad sexual del menor, siempre en discusión, con el ejercicio del derecho a la salud y a la salud sexual y reproductiva, un derecho fundamental, protegido indubitadamente por instrumentos basados en la libertad, la dignidad y la igualdad, reconocidos a los menores por las leyes, como la CDN, al igual que la Constitución y la misma Ley 41/2002 de autonomía del paciente.

No es sencillo argumentar a favor de la autonomía progresiva del menor de edad en esta materia. Los DSSSR 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), dificultándose en este caso aún más su estudio, pues 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 DSSSR y sus efectos en los distintos colectivos a los que afectan, haciéndose necesarias consideraciones relativas al género, la edad, la discapacidad, la heterosexualidad y la homosexualidad, la cultura, la etnia, el grupo y la clase social, la educación, la ciudadanía, la capacidad económica, la pobreza, la religión, 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).

Por ejemplo, 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, protegiéndose igualmente su interés superior y debiendo ser oídos en todos los asuntos que le afecten y con respeto a su autonomía (art. 6, 7 y 8 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y artículos 6, 7 y 10 Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social).

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), sobre todo cuando se exige, como en el caso del aborto, obtener 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 le 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 desaventajado”, sino especialmente protegido (Barrère/Morondo, 2011, p.35, Añon, 2013, pp. 128 y ss).

2. Derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva 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; Shaw, 2009, p.134; WAS, 2014). 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 deducirlos de 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). Así las cosas y aun cuando en todos los países -incluso en los más desarrollados-, existen obstáculos para ejercer los DSSSR, 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 la falta de recursos públicos de salud o la dificultad en el acceso los mismos (Shaw, 2009, p. 135; Cook et al, 2010, p.257; Doran/Nacarow, 2015), los impedimentos jurídicos (Coram Children's Legal Centre, 2014, p. 7), 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, González/Duran, 2010, p.9), y también la falta de confianza de los propios adolescentes para discutir las cuestiones y problemas relacionadas con la sexualidad y la salud reproductiva, máxime 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)

2.1. *¿Son el reggaetón, el perreo, la lambada, el Twerking, la champeta..., delictivos?*¹

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 temprana² por razones sociológicas y psicológi-

¹ “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.

² 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.

cas 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 sí 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 DSSSR (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 -concepto totalmente indeterminado- 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 al no estar delimitada en función de su dañosidad, que se presume, en cualquier caso (¿un beso, un baile, rozamientos, penetración, etc.?) o la diferencia de edad admisible, pues, la ley tampoco lo hace.

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-³. 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).

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

te, 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>

³ No existe unanimidad en la doctrina, ni en las legislaciones de los diferentes países en relación con la diferencia de edad admisible entre compañeros sexuales cuando al menos uno de ellos es menor de edad, aunque la mayoría de los países contemplan un límite inferior ((Waites, 2005, ONU, 2003, Yarrow et al, 2014, p.149, Graupner, 2000). Echeburua/Guerricaecheverría, (2000, pp.9-11); Waites, (2005, p.238) propone una escala que consideraría un lapso de dos años, variables, en función del edad así: a los 14 años edad legal podría tener relaciones sexuales con los mayores de entre 14-16, de 15 años de edad con los de 14 a 17 años de edad y 16 años de edad con todos los mayores de 14 o superior, incluyendo a los adultos”.

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 y para el propio sistema jurídico a quien se quiere convertir en guardián de la moral y las buenas costumbres.

Aun cuando no es el objeto central de estas reflexiones, al objeto de nuestra argumentación debe llamarse la atención sobre dos consecuencias, entre las muchas modificaciones dogmáticas que apareja el nuevo tratamiento penal del consentimiento sexual en el art. 183 CP. 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 quáter CP, de donde, es posible demostrar, un consentimiento 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, Roperó, 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 bien 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 CDN signada por España. Esta norma incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a la par que estatuye la protección como función prioritaria de tutores y del Estado para garantizar los

Derecho del niño, establece como principio rector de todo el sistema, la “autonomía progresiva” del menor 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.

Ciertamente, a pesar de la intencionalidad del legislador en este caso y de la objetable técnica de tipificación del art. 183 quáter 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

Según nuestro punto de vista, las medidas adoptadas recientemente que incluyen la elevación de la edad para consentir en el contacto sexual y/o el matrimonio, aplaudidas por algunas organizaciones sociales (Save the Children, 2015) y 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/las menores 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 social-

mente 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).

La ideología subyacente de las recientes reformas es significativa y definitiva, superando la literalidad de las mismas, pues, es evidente el empeño en restringir la capacidad de decisión del menor en su ámbito de autonomía personal sexual y reproductiva, y 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 él 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, la sodomía, o el sexo entre iguales, entre otros.

Convertir en pederastia cualquier contacto sexual con un menor maduro sin establecer criterios que delimiten la dañosidad de la conducta, en tanto que abusiva o

coercitiva⁴, además de situar en el ámbito de la perversión, el deseo y la satisfacción sexual del propio menor excluyéndole del disfrute de su sexualidad, 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.

El comportamiento sexual de los jóvenes hoy discurre por derroteros completamente diferentes al matrimonio⁵, 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 16 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 manifiestamente 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.

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 preestablecido 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 16 o 17 años casada y no emancipada, aunque viva independientemente?

⁴ Véase ampliamente una elaboración sobre el principio del daño y la sexualidad de niños y adolescentes Couso, 2009, pp.14 ss;

⁵ 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.

3. El menor maduro y su capacidad para decidir

El ámbito normalizado 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, sobre todo internet, van ampliándose paulatinamente⁶. 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”.

3.1. *Las capacidades evolutivas y la autonomía progresiva*

Como cualquier otra persona, los menores de dieciocho años son titulares de derechos y también les son aplicables 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).

⁶ 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>

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).

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 en su ausencia 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).

La jurisprudencia señala que estas restricciones solo pueden tener 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*

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-⁷. Decidir sobre la 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). En el caso de los DSSSR 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.

Conviene destacar, además, que el juicio de valor sobre la madurez del menor y los criterios a aplicar, 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 enfermedades de transmisión sexual (ETS), pero no esté capacitada para afrontar la mater-

⁷ 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 por sí mismo.

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

nidad. 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).

Entre los criterios a considerar estarían: a) *La edad*: Es lógico suponer que esas capacidades evolutivas se vayan desarrollando con la edad, consecuentemente, no es igual la necesidad y amplitud de la protección en el ámbito de los DSSSR para un/una niño/a de cinco años que para un/una adolescente de quince años. 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 (Lansdown, 2005, p. 78). 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*: 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. 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. (R.Cook, B.M.Dickens, p.20; González/Durán, 2010, p.21; Lansdown, 2005, p.43).

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 DSSSR, 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 41/2002. Sin duda, a mayor relevancia de la decisión, mayores serán las exigencias en los distintos aspectos de las competencias requeridos a el/la 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.

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 (ampliamente: González/Durán, 2010, pp. 27 y ss).

4. La sustitución del consentimiento de el/la menor de edad y el principio del “superior interés del menor”

Cuando la madurez del menor no sea suficiente para la toma de decisiones relevantes que le competen, 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 consentimiento del menor, atendiendo al interés superior del menor, que debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño. 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 (STC 141/2000 de 29 de mayo).

Fundamentalmente, el interés superior del niño como noción y como cláusula jurídica, debe ser interpretado en el marco del instrumento internacional que la contiene, esto es, el art. 3 CDN y sus Protocolos facultativos, caso a caso e individualmente atendiendo todas las circunstancias pertinentes, y se produce un conflicto, especialmente entre los factores de protección y los factores de empoderamiento, debe ponderarse, 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 (Observación general N° 14, 2013, párr. 32). 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).

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), lo define como un derecho y principio prioritario en la actuación con menores. 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”.

A pesar de su ambigüedad y las dificultades en su definición debe dotársele de contenido, pues como todos los principios, intencionalmente 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 enten-

dido 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 desdeñarse 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.

En suma, el interés superior del menor 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 perjudicarle, 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. 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.

5. Los límites al consentimiento informado y al consentimiento por representación en materia de salud sexual y reproductiva del menor de edad y sus consecuencias político-criminales

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 16-18-, no impide que las/los menores sean sexualmente activas (Instituto Guttmacher, 2013) y se vean enfrentados a situaciones de hecho complejas, pues todas las 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 jurídico ya que muchas decisiones, necesarias desde el enfoque de los DSSSR, como la provisión de anticonceptivos, el aborto o una prueba del SIDA, pueden 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. 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 16 y 17 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.

Y añade:

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.

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)

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.

b. Consentimiento por representación (art 9.3 Ley 41/2002)

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). Esta fórmula que ya existía previamente a la reforma, da un amplio margen de intervención a la representación del consentimiento, 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, reasignación 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, 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.

c. Consentimiento del menor de 16 y 17 años (art. 9.4 Ley 41/2002)

No cabe el consentimiento por representación en relación con menores emancipados o menores de 16 y 17 años, si no están incapacitados judicialmente y tienen capacidad intelectual y emocional 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*". Una cuestión que la comunidad médica debe delimitar, señalando 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 en otros procedimientos médicos que pueden ser pertinentes, incluyen la exigencia de un "consentimiento informado"⁸ que alude, en todos los

⁸ 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_

casos, además de a los riesgos más frecuentes y específicos de la intervención concreta, a la probabilidad de riesgos graves, incluso la muerte, que también debe firmar el paciente.

d. Consentimiento de los representantes legales para abortar (art. 9.5, par. 2 Ley 41/2002)

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 16 y 17 años, introduce la exigencia del consentimiento de sus representantes legales para abortar, remitiendo al CC 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, en este caso, al de las mujeres jóvenes.

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

consentimien-
to_informado/listado_especialidades_quirurgicas?perfil=org&idioma=es&contenido=/sites/csalud/contenidos/I
nformacion_General/p_3_p_11_procedimiento_consentimiento_informado/listado_especialidades_quirurgicas,
consultado el 20/11/2015

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, además, sitúa 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 16 años (ONU, 2014).

La realidad sociológica tras el aborto es que durante el año 2014 la tasa de abortos por mil, se situó en el 9,92 descendiendo respecto a años anteriores, -mucho menor si solo se tomara como referencia a las mujeres de 16 y 17 años-, datos que confirman la tendencia a la baja iniciada desde que entró en vigor en 2010 la ley de plazos⁹. En España según los datos del INE 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.

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 16 y 17 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 16 y 17 años en la misma situación (ACAI, 2014). Lo más llamativo del informe es el dato del 87% de mujeres de 16 y 17 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”.

Es paradójico que una mujer joven de 16 y 17 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

⁹ Según los datos de los Informes del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, “Interrupción Voluntaria del Embarazo. Datos definitivos..”, durante el año 2013, el número de IVE (interrupción voluntaria del embarazo) en mujeres de 16 y 17 años fue de 4010 (TABLA CE.2) y de 318,1 en 2014 (TABLA CE.2). Disponible en:

http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/docs/IVE_2014.pdf

http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/docs/IVE_2013.pdf, consultado el 15/02/2016

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, en función de su madurez (art. 162.1 CC).

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 a 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).

e. El mayor beneficio para la vida o salud del paciente (art. 9.6 Ley 41/2002)

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 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 la discusión científica y ética en los supuestos más graves que engloban la muerte digna, 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 16 o 17 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 (art. 18 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 SIDA (ONU, 2003).

Esto nos sitúa en dos escenarios diferentes tratándose de menores: por una parte, como señala la propia Ley Orgánica 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. De donde, 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, pues la legislación no hace ninguna referencia a la educación sexual en el currículo escolar.

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 (FPFE/IPPF, 2015).

La segunda cuestión y la más discutible, como ya se señalaba, con posterioridad a la reforma sobre el consentimiento sexual es resolver si cualquier actividad sexual de los jóvenes menores de 16 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 contra-concepción 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 defecto está prohibido a los menores de dieciséis años. En efecto, existen varias cuestiones a tener en cuenta, que deberán ser resueltas a través 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, etc., 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, la prohibición del art. 182 CP en materia sexual relativa a los menores de dieciséis años, necesariamente conocida por el profesional de la salud que atiende al menor 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 libremente. 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 contra-concepción 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 recursos y servicios de planificación familiar no pueden ofrecer un asesoramiento personalizado en contraconcepción 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 el profesional debe conocer suficiente las circunstancias y personalidades de sus pacientes para satisfacer los requerimientos médicos, 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).

En estos casos, 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.) puede 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 en la información transmitida por el menor y/o su pareja, que efectivamente existe proximidad por edad y madurez, como exige el art. 183 quáter 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 DSSSR 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 (Saura Estapà, 2015, p. 28), además de la confidencialidad del servicio, en aplicación de la normativa referida a Derechos fundamentales (Cook et al, 2010, pp. 182-187; ONU, 2013, par. 31), 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.

- A pesar de cierta polémica, que incluye la objeción de conciencia alegada 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”¹⁰, 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 es aplicable lo señalado tanto en el art. 9.5 de la misma ley como en la LO 2/2010, de 3 de marzo.

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 reconocen o se reduzca o elimine su capacidad de decisión en los derechos de salud sexual y reproductiva. 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 16 a 18 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, y finalmente al médico a quien se confiere la capacidad de decidir en última instancia, bien derivando la decisión al juez cuando no está de acuerdo con la decisión, bien actuando medicamente 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.

No obstante, 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

¹⁰ 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

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 orientadora en 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 a 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:

“...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” (Añón, 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 y específicamente en relación con los derechos sexuales y reproductivos, cuando impide que los menores de 14 a 16 años puedan tomar libremente la decisión de tener relaciones sexuales, o a las menores de 18, abortar, por considerar que no tienen suficiente madurez para decidir autónomamente, mientras que por otra parte a cualquier menor de 14 a 18 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.

BIBLIOGRAFÍA

- AÑÓN, María José (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
- BARRÈRE María Ángeles/ MORONDO, Dolores (2011), “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45.
- BAHUS Marianne K./FØERDE, Reidun (2011), “Parents As Decision-Makers — Do the Attitudes of Norwegian Doctors Conform to Law?”, *European Journal of Health Law* 18.
- BRUDNEY Daniel/ LANTOS John D., (2014), “Whose Interests Count?”, en *Pediatrics*, Vol. 134 (2).
- BULLOUGH Vern, (2005), Age of Consent: A Historical Overview, *Journal of Psychology & Human Sexuality*, Volume 16, Issue 2-3.
- CARBONE, June (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/mujeresaccesoinformacionmateriareproductiva.pdf>
- CILLERO, Miguel (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
- (1999), *Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios* en UNICEF-IIN, Derecho a Tener Derechos Tomo IV, Montevideo.
- COCCA Carolyn E, (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
- COOK, Rebeca/ DICKENS, Bernard (2005), Adolescents and consent to treatment, *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, núm. 89.
- COOK, Rebeca/CUSAC Simone K/ DICKENS Bernard, (2010), Unethical Female Stereotyping in Reproductive Health, *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, núm. 109.
- COTT, Nancy F.(2002) *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*, Harvard University Press, Londres
- DAVIDOFF, Leonore/ McCLELLAND, Keith/VARIKAS, Eleni (eds.) (2000), *Gender and History: Retrospect and Prospect*, Blackwell, Oxford
- DELGADO, Margarita/ BARRIOS, Laura/ CÁMARA, Noelia/ ZAMORA, Francisco (2011): *La Maternidad adolescente en España*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Disponible: http://www.consejomujeresmadrid.org/wp-content/uploads/2013/08/presentacion_estudio-adolescentes.pdf, consultado 28/01/2016

- DÍEZ, Jose Luis, (2000), El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, num. 6, Madrid.
- DORAN, Frances/ NANCARROW Susan, (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*, Nº 41;
- EGAN, Danielle/ HAWKE, Gail S, (2010), *Theorizing the sexual child in modernity*. Palgrave Macmillan, Nueva York
- FAS Paula S, (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, consultado, el 24/01/2016
- FERGUSON, Lucinda, (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
- FRAYSER, Suzanne G. (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.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (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.
- GOODWIN, Michele (2013), Law’s limits: regulating statutory rape law, *Wisconsin Law Review*, Disponible: <http://wisconsinlawreview.org/wp-content/uploads/2013/05/6-Goodwin-2.pdf>
- SHAW, Dorothy, (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.
- GONZÁLEZ, Ana/ DURÁN, Juanita (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, consultado el 23/09/2015
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (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.
- GRAUPNER, Helmut, (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.
- GARCÍA RUÍZ, Yolanda, (2006), “Salud, autonomía y factor religioso: Una compleja encrucijada en el supuesto de los menores”, en TOMÁS-VALIENTE, Carmen (ed), *La salud: intimidad y libertades informativas*, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, (1998), “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº5. disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5_08.pdf
- Guttmacher Institute (2014). *Demystifying Data: A Guide to using Evidence to Improve Young*

- People's Sexual Health and Rights*, New York. Disponible: <https://www.gutmacher.org/pubs/demystifying-data.pdf>, consultada: 1/03/2016.
- HODGKIN, Rachel/NEWELL, Peter (2007), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3a edición completamente revisada, UNICEF, Ginebra, Suiza.
- HUNT, Lynn (2010), *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona
- KEHILY, Mary Jane/ MONTGOMERY, Heather, (2004): "Innocence and experience, a historical approach to childhood and sexuality" en KEHILY, Mary Jane (ed), *Introduction to Childhood Studies*, Open University Press, Maidenhead, UK
- LAMARCA, Carmen, (2011): "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en LAMARCA, Carmen (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, edit. Colex, Madrid.
- LANSDOWN, Gerison (2005) *La evolución de las facultades del niño*, Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF y Save the Children. Florencia, Italia.
- LEVIN, Diane/KILBOURNE Jean (2008) *So sexy so soon: The new sexualized childhood, and what parents can do to protect their kids*, Ballantine Books, Nueva York
- LEVINE, Judith (2002), *The perils of Protecting children from sex*, University of Minnesota Press, Minneapolis.
- MAUSE, de Lloyd (1982), *Historia de la infancia*, Alianza Universidad, Madrid
- OBERMAN, Michelle, (1994), Turning Girls into Women: Re-Evaluating Modern Statutory Rape Law, *Journal of Criminal Law and Criminology*, núm. 85.
- ODEM, Mary E. (1995), *Delinquent Daughters. Protecting and Policing Adolescent Female Sexuality in the United States, 1885-1920*, University of North Carolina Press, Chapel Hill.
- 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=E>
- PAPADOPOULOS, Linda (2010) *Sexualisation of Young People Review*. Home Office, Londres
- QVORTRUP, Jens/CORSARO, William A./ HONING, Michael-Sebastian (ed) (2009), *The Palgrave Handbook of Childhood Studies*, Palgrave, Londres
- QVORTRUP Jean, 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.
- ROPERO, Julia (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.
- SHAW, Dorothy (2009), "Access to sexual and reproductive health for young people: Bridging the disconnect between rights and reality", *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 106
- STEARNS, Peter N., (2006), *Childhood in World History*, Routledge, New York
- ULLMAN, Sharon R. (1997), *Sex seen : the emergence of modern sexuality in America*. Berkeley : University of California Press.
- WAITES, Matthew, (2005), *The Age of Consent: Young People, Sexuality and Citizenship*, Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan.
- WIESNER-HANKS, Merry (2007), *World History and the History of Women, Gender, and Sexuality*, *Journal of World History*, Vol. 18, núm. 1.
- WEITHORN, Lois A/CAMPBELL, Susan B. (1982), The Competency of Children and Adolescents to Make Informed Treatment Decisions, *Child development*, núm. 53.
- YARROW, Elisabeth, 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*. En: http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/declaracion_derechos_sexuales_sep03_2014.pdf, consultado 13/01/2016