



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

Estudios e Investigaciones 2004

Edita: EL DEFENSOR DEL MENOR EN LA COMUNIDAD DE MADRID

Depósito Legal: M-26.152-2005

Imprime: SOLANA E HIJOS, A.G., S.A.

C/ San Alfonso, 26. La Fortuna (Leganés)

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PRESENTACIÓN	17
APOLOGÍA DE LA ANOREXIA Y LA BULIMIA EN INTERNET	23
1. CARACTERÍSTICAS DEL ESTUDIO	
1.1. <i>Justificación del estudio</i>	25
1.2. <i>Objetivos</i>	26
1.3. <i>Muestra</i>	27
1.4. <i>Autoría</i>	27
2. LA ANOREXIA Y LA BULIMIA	27
2.1. <i>La anorexia y la bulimia. Introducción</i>	27
2.2. <i>Definición</i>	33
2.3. <i>Etiología</i>	33
2.4. <i>Prevalencia</i>	34
2.5. <i>Manifestaciones biológicas</i>	35
2.6. <i>Manifestaciones conductuales, psicológicas y emocionales</i>	37
2.7. <i>Pronóstico y mortalidad</i>	37
2.8. <i>Prevención</i>	38
2.9. <i>Las páginas PRO-ANA y PRO-MIA</i>	38
3. LAS USUARIAS DE LAS PÁGINAS PRO-ANA Y PRO-MIA	40
3.1. <i>Edades y sexos</i>	40
3.2. <i>Niveles en el desarrollo de la enfermedad</i>	42
3.3. <i>Proporción de anoréxicas y bulímicas</i>	43
4. EL CONTENIDO DE LAS PÁGINAS PRO-ANA Y PRO-MIA	43
4.1. <i>Foros</i>	43
4.1.1. <i>Refuerzo de la conducta y pertenencia al grupo</i>	44
4.1.2. <i>Desarrollo de la identidad</i>	45

	<u>Páginas</u>
4.1.3. Competición: estudios y carreras de kilos	46
4.1.4. Impacto sobre los distintos tipos de usuarias	48
a) Adolescentes en fase de inicio	48
b) Anoréxicas y bulímicas	48
c) Anoréxicas y bulímicas en fase de tratamiento	49
4.1.5. Referencias al suicidio	49
4.2. <i>TIPS: Trucos y formas de engaño</i>	50
4.2.1. TIPS para engañar al estómago y a la mente	50
4.2.2. TIPS para reforzar la voluntad	51
4.2.3. TIPS para acelerar la eliminación de grasas y calorías	51
4.2.4. TIPS para disimular y engañar a los padres	52
4.2.5. Fundamentos erróneos de los TIPS	53
4.3. <i>Secciones y páginas PRO-SI (autoagresiones)</i>	54
4.3.1. Mecanismos y técnicas PRO-SI	55
4.3.2. Utilización del autocastigo y las autolesiones	56
4.3.2.1. Doblegar la voluntad	56
4.3.2.2. ¿Activar el organismo?	57
4.3.2.3. Quema de calorías	57
4.3.2.4. Transferencia de masa	58
4.3.2.5. La algioterapia	58
4.3.2.6. El autocastigo	58
4.4. <i>Dietas: Descripción, defectos y consecuencias</i>	59
4.4.1. Dieta del té rojo	60
4.4.2. Dieta del suero de leche	62
4.4.3. Dieta del sirope de savia de arce	66
4.4.4. Dieta de la sopa	69
4.4.5. Dieta de la manzana	71
4.4.6. Dieta máxima o ayuno	74
4.4.7. Dieta de los 5 días	76
4.4.8. Dieta de las zonas	81
4.4.9. Dieta de los 3 kilos	86
4.4.10. Dieta de Atkins	91
4.4.11. Dietas vegetarianas	91
4.4.12. Dietas anti-derivados animales	92
4.4.13. ¿Qué es una alimentación equilibrada?	93
4.5. <i>Fármacos</i>	104
4.5.1. Sibutramina	105
4.5.2. Orlistat	106
4.5.3. Fluoxetina	107
4.5.4. Diuréticos	108
4.5.5. Laxantes	109

	<u>Páginas</u>
4.6. <i>Fitoterapia y adelgazantes</i>	110
4.6.1. Kelp	111
4.6.2. Té y sus variedades	112
4.6.3. Fitoterapia laxante	112
4.6.4. Alcachofa	113
4.6.5. Lipograsil	113
4.6.6. Elifexir	113
4.6.7. Conclusiones	113
4.7. <i>Personificación de la enfermedad: Oraciones, Credos</i>	114
4.7.1. Delegar la responsabilidad	114
4.7.2. Conciencia positiva de pertenencia al grupo	114
4.7.3. Carta de «ANA» a sus seguidoras	115
4.7.4. Carta a ANA	116
4.7.5. Credo de ANA	117
4.8. <i>Parafernalia e identificación</i>	117
4.9. <i>Thispiración: El impacto de las modelos</i>	118
5. CONCLUSIONES	118
6. MATERIAL DE PREVENCIÓN EN INTERNET	120
6.1. <i>Página web preventiva</i>	120
7. BIBLIOGRAFÍA	122
CIBERCENTROS Y SEGURIDAD INFANTIL EN INTERNET	125
1. CARACTERÍSTICAS DEL ESTUDIO	128
1.1. <i>Justificación del estudio</i>	128
1.2. <i>Objetivos</i>	128
1.3. <i>Realización</i>	129
1.4. <i>Muestra</i>	129
1.5. <i>Variables y correlaciones</i>	129
2. ESTUDIOS POR EDADES: LOS NIÑOS DE 11 AÑOS	130
2.1. <i>Frecuencia en la realización de conexiones desde los CIBER</i>	130
2.2. <i>Duración de las conexiones</i>	130
2.3. <i>Visitas individuales o grupales</i>	131
2.4. <i>Visitas a uno o diversos establecimientos</i>	131
2.5. <i>Dinero gastado en los CIBER</i>	132

	<u>Páginas</u>
2.6. <i>Objetivo de las conexiones</i>	132
2.7. <i>Tipos de páginas visitadas desde los CIBER</i>	133
2.8. <i>Control de los responsables del establecimiento</i>	134
2.9. <i>Presencia de sistemas de filtrado</i>	135
2.10. <i>Posibilidad de copiar y colgar contenidos</i>	135
2.11. <i>Utilización de programas P2P desde los CIBER</i>	136
2.12. <i>Acciones ilegales realizadas desde los CIBER</i>	136
3. LOS NIÑOS DE 12 AÑOS	136
3.1. <i>Frecuencia en la realización de conexiones desde los CIBER</i>	136
3.2. <i>Duración de las conexiones</i>	137
3.3. <i>Visitas individuales o grupales</i>	138
3.4. <i>Visitas a uno o diversos establecimientos</i>	138
3.5. <i>Dinero gastado en los CIBER</i>	138
3.6. <i>Objetivo de las conexiones</i>	139
3.7. <i>Acceso a contenidos inconvenientes desde los CIBER</i>	140
3.8. <i>Control de los responsables del establecimiento</i>	140
3.9. <i>Presencia de sistemas de filtrado</i>	141
3.10. <i>Posibilidad de copiar y colgar contenidos</i>	141
3.11. <i>Utilización de programas P2P desde los CIBER</i>	142
3.12. <i>Acciones ilegales realizadas desde los CIBER</i>	142
4. LOS NIÑOS DE 13 AÑOS	143
4.1. <i>Frecuencia en la realización de conexiones desde los CIBER</i>	143
4.2. <i>Duración de las conexiones</i>	144
4.3. <i>Visitas individuales o grupales</i>	145
4.4. <i>Visitas a uno o diversos establecimientos</i>	145
4.5. <i>Dinero gastado en los CIBER</i>	146
4.6. <i>Objetivo de las conexiones</i>	146
4.7. <i>Acceso a contenidos inconvenientes desde los CIBER</i>	147
4.8. <i>Control de los responsables del establecimiento</i>	148
4.9. <i>Presencia de sistemas de filtrado</i>	148
4.10. <i>Posibilidad de copiar y colgar contenidos</i>	148
4.11. <i>Utilización de programas P2P desde los CIBER</i>	149
4.12. <i>Acciones ilegales realizadas desde los CIBER</i>	150
5. LOS NIÑOS DE 14 AÑOS	151
5.1. <i>Frecuencia en la realización de conexiones desde los CIBER</i>	151
5.2. <i>Duración de las conexiones</i>	152
5.3. <i>Visitas individuales o grupales</i>	152
5.4. <i>Visitas a uno o diversos establecimientos</i>	152
5.5. <i>Dinero gastado en los CIBER</i>	153
5.6. <i>Objetivo de las conexiones</i>	153

	<u>Páginas</u>
5.7. Acceso a contenidos inconvenientes desde los CIBER	154
5.8. Control de los responsables del establecimiento	155
5.9. Presencia de sistemas de filtrado	156
5.10. Posibilidad de copiar y colgar contenidos	156
5.11. Utilización de programas P2P desde los CIBER	157
5.12. Acciones ilegales realizadas desde los CIBER	157
6. LOS NIÑOS DE 15 AÑOS	158
6.1. Frecuencia en la realización de conexiones desde los CIBER	158
6.2. Duración de las conexiones	159
6.3. Visitas individuales o grupales	160
6.4. Visitas a uno o diversos establecimientos	160
6.5. Dinero gastado en los CIBER	160
6.6. Objetivo de las conexiones	161
6.7. Acceso a contenidos inconvenientes desde los CIBER	162
6.8. Control de los responsables del establecimiento	162
6.9. Presencia de sistemas de filtrado	163
6.10. Posibilidad de copiar y colgar contenidos	163
6.11. Utilización de programas P2P desde los CIBER	164
6.12. Acciones ilegales realizadas desde los CIBER	165
7. LOS NIÑOS DE 16 AÑOS	166
7.1. Frecuencia en la realización de conexiones desde los CIBER	166
7.2. Duración de las conexiones	166
7.3. Visitas individuales o grupales	167
7.4. Visitas a uno o diversos establecimientos	167
7.5. Dinero gastado en los CIBER	168
7.6. Objetivo de las conexiones	168
7.7. Acceso a contenidos inconvenientes desde los CIBER	169
7.8. Control de los responsables del establecimiento	170
7.9. Presencia de sistemas de filtrado	170
7.10. Posibilidad de copiar y colgar contenidos	170
7.11. Utilización de programas P2P desde los CIBER	171
7.12. Acciones ilegales realizadas desde los CIBER	172
8. LOS NIÑOS DE 17 AÑOS	173
8.1. Frecuencia en la realización de conexiones desde los CIBER	173
8.2. Duración de las conexiones	174
8.3. Visitas individuales o grupales	174
8.4. Visitas a uno o diversos establecimientos	174
8.5. Dinero gastado en los CIBER	175
8.6. Objetivo de las conexiones	175
8.7. Acceso a contenidos inconvenientes desde los CIBER	176

	<u>Páginas</u>
8.8. Control de los responsables del establecimiento	177
8.9. Presencia de sistemas de filtrado	178
8.10. Posibilidad de copiar y colgar contenidos	178
8.11. Utilización de programas P2P desde los CIBER	178
8.12. Acciones ilegales realizadas desde los CIBER	179
9. ESTUDIO COMPARATIVO POR EDADES	
9.1. Frecuencia en la realización de conexiones desde los CIBER	180
9.2. Duración de las conexiones	181
9.3. Visitas individuales o grupales	182
9.4. Visitas a uno o diversos establecimientos	183
9.5. Dinero gastado en los CIBER	184
9.6. Objetivo de las conexiones	185
9.7. Acceso a contenidos inconvenientes desde los CIBER	190
9.8. Control de los responsables del establecimiento	194
9.9. Presencia de sistemas de filtrado	195
9.10. Posibilidad de copiar y colgar contenidos	196
9.11. Utilización de programas P2P desde los CIBER	197
9.12. Acciones ilegales realizadas desde los CIBER	198
10. ESTUDIO COMPARATIVO POR SEXOS	
10.1. Frecuencia en la realización de conexiones desde los CIBER	199
10.2. Duración de las conexiones	199
10.3. Visitas individuales o grupales	200
10.4. Visitas a uno o diversos establecimientos	200
10.5. Dinero gastado en los CIBER	200
10.6. Objetivo de las conexiones	201
10.7. Acceso a contenidos inconvenientes desde los CIBER	202
10.8. Control de los responsables del establecimiento	203
10.9. Presencia de sistemas de filtrado	204
10.10. Posibilidad de copiar y colgar contenidos	204
10.11. Utilización de programas P2P desde los CIBER	204
10.12. Acciones ilegales realizadas desde los CIBER	204
11. CONCLUSIONES POSITIVAS Y PROBLEMAS DETECTADOS	205
11.1. Conclusiones positivas del estudio	205
11.1.1. Uso moderado	205
11.1.2. Fidelidad al establecimiento	205
11.1.3. Dinero invertido	205
11.1.4. Rechazo a los contenidos inapropiados	205
11.1.5. Rechazo a las actividades ilegales	206
11.2. Problemas detectados	206

	<u>Páginas</u>
11.1.1. Uso abusivo	206
11.1.2. Dinero gastado por los menores	206
11.1.3. Acceso a contenidos inconvenientes	207
11.1.4. Falta de implicación por parte de los encargados	207
11.1.5. Acciones ilegales realizadas desde los cibercentros	207
11.3. <i>Propuestas básicas</i>	208
11.3.1. Formación específica para los menores sobre internet	208
11.3.2. Campañas y actividades de información para menores	209
11.3.3. Implicación de los responsables de los cibercentros	209
11.3.4. Promoción del uso de sistemas de filtrado	209
11.3.5. Regulación de los cibercentros	210
12. CAMPAÑA «CIBERCENTRO AMIGO DE LA INFANCIA»	210
CONSENTIMIENTO DEL MENOR EN LOS TRATAMIENTOS DE DESHABITUACIÓN . . .	213
1. ANTECEDENTES	215
2. LAS MEDIDAS SUSCEPTIBLES DE SER IMPUESTAS A LOS MENORES	216
3. TRATAMIENTOS SANITARIOS OBLIGATORIOS	218
4. LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	227
5. LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES EN LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE	228
6. EL CONFLICTO ENTRE EL ARTÍCULO 7.1.D) Y E) DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, Y EL ARTÍCULO 9.3 DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, BÁSICA REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DE LOS PACIENTES Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA . . .	234
7. CONCLUSIONES	236
ANÁLISIS DE LA PUBLIDAD INFANTIL: ESTRATEGIAS, VALORES Y TRATAMIENTO DEL MENOR	241
1. INTRODUCCIÓN	243
2. OBJETIVOS DEL ESTUDIO	246
3. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO	247
3.1. <i>Juego, juguetes e infancia</i>	248
3.2. <i>Características del mercado</i>	249

4. LOS JUGUETES Y EL MARCO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DEL MENOR	251
4.1. <i>El menor en la legislación específica</i>	252
4.1.1. Publicidad en general	252
4.1.2. Publicidad televisiva	253
4.2. <i>La autorregulación publicitaria</i>	255
4.2.1. El Código Deontológico de la publicidad infantil	256
4.2.2. El Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia	257
5. RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LA PUBLICIDAD DE JUGUETES EN LA CAMPAÑA 2004-2005	259
5.1. <i>Ocupación publicitaria</i>	259
5.2. <i>Tipo de formato</i>	260
5.3. <i>Tipo de producto</i>	261
5.4. <i>Veracidad en los contenidos</i>	262
5.4.1. Falso movimiento	262
5.4.2. Descripción de características	262
5.4.3. Mezcla de realidad y ficción	262
5.5. <i>Publicidad testimonial</i>	264
5.6. <i>Discriminación de género</i>	265
5.7. <i>Otros valores simbólicos</i>	266
5.7.1. Los adultos en la publicidad de juguetes	266
5.7.2. Atribuciones exageradas	267
5.7.3. Violencia	267
6. PRINCIPALES CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	268

ANEXOS

Anexo 1: <i>Relación de anuncios analizados</i>	270
Anexo 2: <i>Legislación publicitaria aplicable</i>	272
Anexo 3: <i>Códigos de Autorregulación</i>	308
Anexo 4: <i>Conclusiones del seminario «Juguetes para niños. Criterios para adultos»</i>	328

**CONSENTIMIENTO DEL MENOR
EN LOS TRATAMIENTOS
DE DESHABITUACIÓN**

CONSENTIMIENTO DEL MENOR PARA SEGUIR UN TRATAMIENTO DE DESHABITUACIÓN

Informe realizado por: Ricardo de Lorenzo y Montero, Abogado. Socio Director del Bufete «De Lorenzo Abogados». Presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario.

1. ANTECEDENTES. —2. LAS MEDIDAS SUSCEPTIBLES DE SER IMPUESTAS A LOS MENORES.—3. TRATAMIENTOS SANITARIOS OBLIGATORIOS.—4. LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—5. LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES EN LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE.—6. EL CONFLICTO ENTRE EL ARTÍCULO 7.1.D) Y E) DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, Y EL ARTÍCULO 9.3 DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, BÁSICA REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DE LOS PACIENTES Y DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA.—7. CONCLUSIONES.

1. ANTECEDENTES

El Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid acude a este Bufete Legal solicitando informe relativo al artículo 7.1.d) de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, indicándose en dicha solicitud que una de las principales preocupaciones de dicha Institución en los últimos años es la referida a la aplicación de la citada norma y las principales dificultades en su funcionamiento, que impiden lograr la máxima eficacia en la recuperación del joven infractor.

Uno de los aspectos que, a juicio del Comisionado podrían estar dificultando el éxito de la mencionada norma es el recogido en el artículo 7.1. d), según el cual se exige el consentimiento del interesado para seguir un tratamiento de deshabituación, de manera que si aquél lo rechaza, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

A diferencia del resto de medidas previstas en la Ley y que están dotadas de una naturaleza material sancionadora-educativa, la medida de internamiento terapéutico tiene una naturaleza médico-sanitaria que debe determinar la forma en que se lleve a cabo y prevalece sobre la anterior.

Debe estar presidida por los principios y criterios específicos que se establezcan desde las autoridades sanitarias, y se aplica de forma excepcional, para aquellos casos en que el tratamiento no pueda llevarse a cabo de forma ambulatoria, por las circunstancias concurrentes en el menor o en su entorno.

Esta medida puede imponerse conjuntamente con otras previstas en la Ley. Si se impone de forma autónoma, se hace bajo el presupuesto de que no se dan circunstancias de riesgo que exijan la imposición al menor de un tratamiento en régimen cerrado, pues en caso contrario debería aplicarse conjuntamente con tal medida.

El problema es que, en la primera fase del consumo, habitualmente ninguna persona tiene voluntad para alejarse de la droga, porque ni siquiera hay conciencia de dependencia y enfermedad, por tanto, en este período, nunca se otorgará el consentimiento para el ingreso en un centro terapéutico, y más tarde, será aún más difícil, porque la adicción domina ya la voluntad.

En este sentido, se dice por el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, es preciso analizar si, en los casos de tratamiento de deshabitación, es beneficioso para el menor dejar a su propia voluntad del cumplimiento de la medida. Es cierto que esta previsión guarda coherencia con lo dispuesto en el Código Civil y con la doctrina que después se ha recogido en la Ley de ámbito estatal 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, según la cual, en términos generales, si el menor posee suficiente capacidad de comprensión y juicio, le corresponde a él tomar la decisión relativa al tratamiento o intervención.

Sin embargo, puede ponerse en riesgo la finalidad recuperadora de la medida y la salud del propio menor, al margen de las dificultades para determinar si el menor tiene o no suficiente capacidad de juicio.

2. LAS MEDIDAS SUSCEPTIBLES DE SER IMPUESTAS A LOS MENORES

El artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores enumera las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores, señalando que dichas medidas, que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

- a) Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.
- b) Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero realizarán fuera del mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.
- c) Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.
- d) Internamiento terapéutico. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

- e) Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones de la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.
- f) Asistencia a un centro de día. Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.
- g) Permanencia de fin de semana. Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que deban dedicar a las tareas socio – educativas asignadas por el Juez.
- h) Libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio–educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:
- Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el interesado está en el período de la enseñanza básica obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.
 - Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.
 - Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.
 - Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.
 - Obligación de residir en un lugar determinado.
 - Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.
 - Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.
- a) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización.

- b) Prestaciones en beneficio de la comunidad. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor.
- c) Realización de tareas socio-educativas. La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.
- d) Amonestación. Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.
- e) Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.

Se establece en artículo 7.3 de la Ley citada que, para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el Letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto en los dos últimos informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores, emitidos conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de dicha Ley. El Juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.

A la luz de lo establecido en el mencionado artículo cabe coincidir, en lo referente al internamiento terapéutico, recogido en el artículo 7.1.d), como en lo atinente al tratamiento ambulatorio previsto en el artículo 7. 1. e), en que, en ambos casos, a diferencia del resto de medidas susceptibles de ser impuestas a los menores las cuales están dotadas de una naturaleza jurídica material sancionadora-educativa, en el caso de las dos primeras medidas la naturaleza jurídica de las mismas es eminentemente médico-sanitaria.

3. LOS TRATAMIENTOS SANITARIOS OBLIGATORIOS

Sentada, pues, la naturaleza jurídica médico-sanitaria de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores, previstas en los apartados 1. d) y 1. e) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, ha de analizarse a continuación si dichas medidas, de conformidad con lo previsto en la legislación sanitaria, pueden ser calificadas o no como tratamientos sanitarios obligatorios.

Desde la perspectiva de los tratamientos sanitarios obligatorios, la procedencia de la aplicación de los mismos en la cultura occidental se planteó por primera vez en el caso «Schloendorf contra el New York Hospital», ante el Tribunal de Nueva York, caso éste en el que se acuñó la doctrina del llamado «consentimiento informado» del paciente sometido o sometible a este tipo de tratamientos.

El consentimiento, es decir, la voluntad personal del afectado, es el elemento legitimador de la intervención médica, el único que autoriza que otra persona, aunque tenga encomendada la custodia de la salud o incluso la vida del paciente, pueda intervenir sobre el cuerpo y la persona del mismo. El consentimiento del paciente, su voluntad, es un medio de participación de éste en la adopción de decisiones médicas que le afectan de la forma más directa y, a veces, más grave.

Cierto es que los profesionales sanitarios han considerado a veces esta exigencia como un elemento legal externo a la práctica médica, pero para los órganos jurisdiccionales el consentimiento informado no es tanto un elemento formal, artificial o meramente legal, sino que se trata de algo sustancial (no formal o accesorio), especialmente importante porque comporta el respeto a la autonomía privada, a la voluntad de la persona, a su libertad, a su esfera de intimidad personal, y, por ende, a su dignidad.

El paciente puede querer o no que le sometan a un tratamiento o intervención determinada, y asumir tales o cuales consecuencia (dolor o incomodidad, estar hospitalizado, privación de un miembro u órgano o limitación funcional); puede, y debe poder (salvo casos excepcionales) elegir un tratamiento u otro.

El consentimiento del interesado es tan importante que, en casos sometibles al Código Penal, excluye la antijuricidad, pues «el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de transplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente...». Tales expresiones permiten entender que subyacen en todos esos supuestos facultades de disposición sobre el derecho a la integración corporal, más evidentes en el consentimiento para intervenciones quirúrgicas que tienden a procurar la salud de la persona, o las de la cirugía estética.

El consentimiento es, en primer lugar de carácter personal, aunque es cierto que existen excepciones a este carácter que luego serán examinadas, puesto que, a veces, se requiere el consentimiento de otras personas, además del que tiene mayor protagonismo, como puede acontecer en los casos de tratamientos sanitarios que se aplican a determinados menores o en el de las técnicas de reproducción asistida.

Debe ser un consentimiento libre, voluntario y conscientemente emitido. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones de Información y Documentación Clínica, en su artículo 3, relativo a las definiciones legales, lo define diciendo que el consentimiento informado es «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud». En consecuencia, la Ley exige que el consentimiento sea previo y no posterior a la intervención o tratamiento puesto que ¿qué sentido tendría un consentimiento posterior dado por un paciente que no consintió por el motivo que fuera?. Posiblemente sería ese elemento legitimador que los juristas, en otros ámbitos, llamamos ratificación de lo que hace un representante sin poder o un gestor de negocios ajenos.

En cuanto a la forma del consentimiento, la misma Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en su artículo 8, dice que el consentimiento será verbal por regla general, aunque, sin embargo, se prescribirá por escrito en las intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Por otro lado, ¿quién tendría que probar si hubo o no, y en qué sentido, si ha habido consentimiento del paciente para un acto o intervención concreta?. La citada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, al referirse a la información asistencial, o información previa del consentimiento, establece en su artículo 4. 3 que el médico responsable del paciente le garantizará el cumplimiento de su derecho a la información y que los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle. De ello se deduce que, según las reglas generales de prueba para los casos de conflicto o enfrentamiento, debe ser el propio profesional sanitario que ha actuado el que tenga que probar que su actuación ha sido llevada a cabo con el consentimiento pertinente y, si no prueba que ha existido el consentimiento que la ley y la ética médica exigen, será dicho profesional sanitario quien deberá asumir las consecuencias de tal omisión y de lo por él realizado sin autorización del afectado.

Pues bien, pasando ya al análisis de los tratamientos obligatorios, que al fin y al cabo son el reverso de la necesidad de consentimiento a la que nos referíamos antes, y cuyo análisis resulta procedente para resolver la cuestión planteada en la solicitud del presente informe a los efectos de determinar si resultaría posible imponer al menor un tratamiento sanitario obligatorio aún en el caso de que el mismo rechazase un tratamiento de deshabitación, ha de señalarse que, si en principio, el elemento legitimador de la actuación médica es el consentimiento informado del paciente –y por eso lo exige la ley–, el acto médico sin tal consentimiento supone, también, en principio, una violación –en principio sólo– de la esfera de la libertad e intimidad de la persona, un atentado contra su dignidad y, a veces, integridad corporal. Pero todo el mundo está de acuerdo en que excepcionalmente puede imponerse un acto médico a una persona (lo dice la Ley 41/2002, de 14 de noviembre en su artículo 9. 2. b) cuando exista riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

A los efectos de éste tratamiento obligatorio, cuando proceda, habría que hacer algunas distinciones referidas exclusivamente a los casos en que dicho tratamiento sanitario obligatorio consista en medidas de trascendencia eminentemente individual, y no en el caso previsto en el artículo 9. 2. a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre de existencia de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley.

En primer lugar, puede hablarse de medidas preventivas frecuentes. En algunos casos se pueden imponer, por ejemplo, por razones de utilidad pública o necesidad social medidas tales como reconocimientos obligatorios a determinados colectivos, como los reclusos, los militares, e incluso vacunaciones obligatorias, como el caso de desplazamientos turísticos a países donde existan determinadas patologías endémicas.

En segundo término, en el ámbito hospitalario no resultarían ajustadas a Derecho, en principio, actuaciones consistentes, por ejemplo, el sometimiento obligatorio de los pacientes a pruebas o tratamientos de las personas que allí concurren.

En tercer lugar, sí que resultarían apropiadas las actuaciones consistentes en la adopción de medidas de prevención y tratamiento obligatorio para evitar la propagación de enfermedades contagiosas.

Especial mención ha de hacerse a la problemática que suscita la ausencia de capacidad para la prestación del consentimiento informado.

En efecto, en materia de consentimiento informado existen una serie de supuestos especiales, como por ejemplo la ausencia de capacidad suficiente para prestarlo. En este punto, la Ley

41/2002, de 14 de noviembre (artículo 9. 3) dice que «se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.
- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Continúa señalando el artículo 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que «la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionadas a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario».

En realidad, los casos antes examinados no constituyen excepciones a la necesidad del consentimiento informado, sino supuestos especiales en que la norma general requiere tratamiento y aplicación también especial. Dicho consentimiento es personalísimo y no se puede prescindir de él. Pero ¿qué hacer cuando ciertas personas, como los menores e incapacitados no pueden prestarlo directamente?.

En el caso de los menores, el Código Civil confiere a sus representantes legales la facultad y el deber de adoptar las decisiones que les afecte (Vid. Artículo 162.1 para los padres que ostenten la patria potestad y art. 267 para los tutores). La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor lo ha ratificado en sus artículos 5 y 9.

Como es lógico, el problema que estamos analizando no es exclusivo de nuestro país, hallándose también regulado en otras legislaciones de nuestro entorno. Así, por ejemplo, en el Reino Unido, la Children Act de 1989 define la «parental responsibility» en términos de «derechos, deberes y poderes» que competen a los padres. En ese contexto, entiende, al igual que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre española, que el menor de edad, pero mayor de 16 años, puede dar su consentimiento para tratamientos médicos, quirúrgicos y dentales, existiendo sin embargo, excepciones y matices para esta regla general.

En relación con dichos matices, resulta ilustrativa la cita del caso «Gillick versus West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority», planteado por una señora con cinco hijas a su cargo, la cual se querelló contra dicha Institución Sanitaria porque, en un centro de ella dependiente, basándose en una circular que permitía a los médicos suministrar anticonceptivos en ciertos casos a menores de 16 años, habían asesorado a una hija suya, de 14 ó 16 años, menor de edad, y por tanto sometida a patria potestad, a tratamientos anticonceptivos al amparo de dicha autorización.

La madre de la menor era, al parecer, católica, y demandó a la entidad sanitaria local porque entendía que no podía hacerse aquél asesoramiento y tratamiento con anticonceptivos a su hija sin su autorización. El proceso se llevó en varias instancias con desigual resultado, y en la Cámara de los Lores, por una mayoría de tres a dos votos, se reconoció el derecho de una menor a obtener tratamiento anticonceptivo con independencia de la voluntad o el consentimiento de sus padres (aunque debiendo comunicárselo a éstos). El razonamiento fundamental de la decisión consistió en que el derecho de los padres de controlar la vida de sus hijos menores de edad, es decir, la patria potestad, no es un derecho absoluto a cierta edad de los hijos si éstos tienen suficiente capacidad de juicio y madurez, en aquél caso para entender lo que comportaba un tratamiento anticonceptivo; la razón de fondo era la inteligencia y alcance del «interés del menor» y su aplicación práctica.

A partir de entonces, en el Reino Unido, se creó una jurisprudencia que ha sido vinculante. Es uno de los *leading cases* de la jurisprudencia anglosajona. A partir de este caso, en dicho país, por debajo de los 16 años puede ser suficiente el consentimiento del menor si tiene suficiente juicio, lo que hay que probar ante el médico correspondiente, o después, en el proceso, si ha lugar.

En los Estados Unidos de Norteamérica también se ha acabado por imponer el criterio de la madurez del menor, en términos semejantes a los que acabamos de ver en el Reino Unido, en casos de aborto de menores de edad, basándose en el mejor interés del menor («best interest»).

Volviendo al Derecho Sanitario Español, si el menor carece de suficiente juicio es su representante legal el que debe prestar el consentimiento (artículo 162 del Código Civil y 9.3. a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre), pero sin que pueda olvidarse que el artículo 162.1 del propio Código Civil y el artículo 9.3. a) de la Ley 41/2002, establecen que los padres ostentan la patria potestad y tienen la representación de los hijos con una excepción, que es en los actos relativos a derechos de la personalidad u otros en los que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismos, así como que ha de otorgarse el consentimiento por representación cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

Sobre esta cuestión se ha escrito mucho, y no siempre se ha obtenido acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia, pero, en general, se entendió –como se ha establecido así en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre– que cuando se trataba de edades próximas a la mayoría de edad (16 ó más años) resultaba muy difícil que un padre pudiera imponer a un hijo tratamientos médicos porque el mismo ya tiene, salvo que sea incapaz de comprender el alcance de la intervención, juicio y criterio suficiente para pronunciarse, además de ser oído, que la ley exige antes y para decidir sobre sus derechos de la personalidad.

Como es conocido, los problemas derivados de lo anterior se han dado en la realidad con motivo de intervenciones quirúrgicas a hijos de personas pertenecientes a la confesión de los Testigos de Jehová, cuando los padres, amparándose en sus convicciones religiosas, se oponían a ciertas intervenciones y en particular a las transfusiones de sangre ajena en sus hijos menores de edad. Dichos problemas se resuelven habitualmente recabando los médicos la autorización judicial para realizar la intervención pertinente, la cual suele ser concedida cuando en el caso de no practicarla hay grave riesgo para la vida del menor, siendo siempre el mismo el argumento utilizado judicialmente: la patria potestad no es un poder absoluto e indiscriminado, y debe ceder ante valores fundamentales en caso de riesgo, como es la vida de las personas. El consentimiento negado por el titular de la patria potestad es sustituido por el del juez, en defensa del interés del menor (su vida y su salud).

En el caso que comentamos hay una pregunta en el aire ¿podría el médico prescindir de la autorización judicial? ¿podría recabar él mismo la autorización del menor? Muy dudoso, salvo en casos de una extrema urgencia con riesgo inminente para la vida del menor (art. 9. 2. b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre), el profesional sanitario no puede prescindir de la autorización judicial y el mismo debe poder prever la necesidad de la transfusión y, si le es negada por los padres, debe pedir, a veces preventivamente y para el caso de que lo necesite, la autorización del juez. Sólo éste puede sustituir las facultades de los titulares de la patria potestad, en caso de grave necesidad, y atendiendo siempre al interés prevalente del menor, razón ésta última que puede legitimar tal intervención y autorización judicial.

En el caso de que el menor tenga una edad igual o superior a los 16 años, y una capacidad de discernimiento y juicio suficiente para entender la gravedad y el alcance de la autorización o consentimiento que el profesional sanitario le pide, tras la negativa de los padres, es evidente que, tras la entrada en vigor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, el menor puede otorgar el consentimiento por sí mismo para la intervención, siendo lo más importante, en este caso, las condiciones de madurez del menor de edad para entender y decidir acerca de la intervención médica cuestionada.

De todos modos, en los casos de «riesgo inmediato grave para la integridad física del enfermo y no siendo posible conseguir su autorización consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él», la dificultad radica en la valoración de la emergencia presentada, la gravedad, urgencia e irreversibilidad de sus consecuencias, y la distinción de la mera conveniencia de hacer o no la intervención para la que no puede obtenerse el consentimiento. La prueba de que concurren las circunstancias que eximen al médico, en este caso, de obtener el consentimiento del paciente, es carga que compete al propio profesional sanitario para no incurrir en responsabilidad, si el asunto se pone en conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

En lo que se refiere a la negativa del paciente a prestar el consentimiento se plantea otra situación interesante respecto a la cuestión debatida en el presente informe. ¿Qué pasa en el caso de que haya una negativa abierta y directa del paciente a someterse a ciertos tratamientos?. En este caso podría distinguirse:

- a) Cuando no existe riesgo inmediato y grave para el paciente, caso éste en el cual el médico no puede forzar la voluntad del mismo, ni puede intimidarle con peligros inverosímiles o irracionales. En este caso se impone el derecho de libertad personal: el propio interesado asume los riesgos que haya derivados de la no intervención o tratamientos que el médico cree necesario o aconsejable -riesgos no vitales, por hipótesis- y debe dejarse constancia escrita de ello (por ejemplo, el paciente deberá firmar el alta médica voluntaria, subsiguiente a su negativa al tratamiento aconsejado).
- b) En los casos de riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo, sobre todo en el caso de que haya un riesgo propio para la persona, cuando hay que adoptar alguna medida o prueba médica y demás, hay un conflicto entre la libertad personal, y a veces también la intimidad, frente al derecho a la vida e integridad personal. Todos esos valores están garantizados por nuestra Constitución (artículos 1.1, 10.5, 15 y 17) pero, como ha declarado con reiteración el Tribunal Constitucional, ninguno de los derechos fundamentales es absoluto. Hay conflicto entre la libertad e integridad física, más que la propia vida, aunque a veces puede estar ésta en juego. No se trata tanto de que deba preva-

lecer una sobre otra, libertad sobre vida o vida sobre libertad. No es tanto un conflicto de intereses y de derechos en esos términos (uno frente al otro), sino que sólo la vida compatible con la libertad es objeto de protección constitucional. Sólo se respeta la dignidad humana si se garantiza al individuo el derecho a tomar decisiones de acuerdo con su sistema de valores, sus convicciones, sus deseos y opiniones.

¿Puede el profesional sanitario imponer un tratamiento y una decisión, contra o sin el consentimiento o voluntad del paciente?. No existe una respuesta única. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre justifica la actuación médica contra la voluntad del paciente en caso de riesgo grave e inminente para la integridad física o psíquica del enfermo, sobre todo cuando no se puede consultar a alguien. Pero si alguna justificación tiene el consentimiento y la voluntad del paciente es para que éste sea oído y se tenga en cuenta su opinión.

Y, esta parece ser también la solución que se ofrece al conflicto en los países anglosajones. En los Estados Unidos se justifica, excepcionalmente, el acto médico inconsciente en el interés estatal («compelling state interest»), o en la protección de personas inocentes (hijos menores de edad); y uno y otro deben ser probados, en su caso. En el Reino Unido, la voluntad del paciente tiene que ser respetada, con independencia de las razones que haya detrás de una decisión personal del interesado.

En nuestro ordenamiento jurídico, la tipologías y las ocasiones en las que pueden tener lugar tratamientos sanitarios prescindiendo del consentimiento del afectado pueden ser muy variadas. Van, por ejemplo, desde ciertas pruebas biológicas en procesos de filiación y en asuntos penales, en caso de transfusiones de sangres a Testigos de Jehová en relación con menores de edad, en casos de anorexia y otros. Con carácter general puede decirse que, en Derecho Español, no hay una solución unívoca, porque para no pocas de esas situaciones no hay una previsión legal, y los órganos jurisdiccionales tienen que buscar la solución por aplicación analógica de ciertas normas y principios.

Y, precisamente por ello, porque no existe una solución directa y unívoca en nuestro ordenamiento jurídico sobre los tratamientos sanitarios obligatorios, en los casos de una resistencia absoluta y una negativa total a dichos tratamientos obligatorios, como no existe una norma unívoca que, de una manera directa, resuelva el problema, el jurista tiene que razonar partiendo de valoraciones y decisiones judiciales en casos más o menos semejantes. La analogía directa y plena es difícil. Pero, por lo menos, tiene que inducir ciertos principios partiendo de otras normas y de decisiones importantes.

Por ejemplo, en los casos de negativa de una persona a someterse a la prueba biológica en los procesos de investigación de la paternidad, existe una antigua y constante jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (citamos a título de ejemplo la Sentencia de dicha Sala de 13 de marzo de 1998, que cita toda la doctrina jurisprudencial anterior a la misma), declarativa de que no se puede someter inconscientemente al demandado a estas pruebas, por ser prevalente la libertad personal y la integridad física; sin embargo, también se declaraba en dicha doctrina jurisprudencial que, en el caso de negativa irrazonable del demandado a someterse a las pruebas biológicas de determinación de la personalidad, podía el mismo ser condenado y serle impuesta una declaración de paternidad, deducida de otras pruebas, incluso de las presunciones.

En esta materia, hoy, la doctrina jurisprudencial más importante, que ha influido en la dictada por el Tribunal Supremo, es la sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17

de enero. En esta Sentencia se dice en qué casos y por qué motivos se puede, si no imponer a la fuerza la prueba biológica sí al menos, las conclusiones de una negativa injustificada.

El aspecto decisivo, declara la Sentencia citada anteriormente, no es el sometimiento del varón a la práctica de la prueba biológica; lo decisivo es el sometimiento a la resolución judicial que acuerda la realización de dicha prueba. Si hay una decisión judicial razonada, partiendo de que estas pruebas no son denigrantes ni afectan a la dignidad de la persona, ni vulneran los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad; si una persona irracionalmente y sin peligro para la vida se niega a estas pruebas, el órgano judicial puede y debe sacar las consecuencias correspondientes a esa negativa, sustancialmente la de declararle padre. El demandado en un proceso de filiación sólo podría legítimamente negarse a someterse a estas pruebas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud.

En los casos de tratamiento y alimentación forzada en caso de huelga de hambre, en este conflicto, entre los derechos a la libertad individual y a la vida y a la integridad física, y sus respectivos y recíprocos límites, dicha situación se planteó en nuestro país con ocasión de la huelga de los presos del GRAPO internados en establecimientos penitenciarios, que se declararon en huelga de hambre hasta la muerte, los cuales fueron alimentados forzosamente, frente a su abierta negativa, por Instituciones Penitenciarias, lo que fue recurrido por los interesados, primero ante la Jurisdicción Ordinaria y luego ante el Tribunal Constitucional.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, de 2 de julio, 137/1990, de 19 de julio y 11/1991, de 17 de enero, contienen importantes pronunciamientos a este respecto, que, aun referidos a una situación diferente y con problemática concreta, pueden ser de ayuda en nuestro razonamiento en relación a la cuestión que se aborda en el presente informe y, sobre todo, ver cómo entiende el Tribunal Constitucional el conflicto y los límites recíprocos de aquellos derechos fundamentales.

Son de destacar al respecto, entre otras, las siguientes declaraciones del Tribunal Constitucional:

- «El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, otorga a sus titulares, según señalamos en la STC 120/1990, la posibilidad de recabar el amparo judicial y, en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenaza su vida o su integridad. De otra parte, y como fundamento objetivo, el ordenamiento impone a los poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar en rigor de titulares de ese derecho» (STC 53/1985).
- «El derecho a la vida tiene, pues, un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluye el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pues esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en que esa posibilidad se

extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho» (STC 137/1990, Fundamento Jurídico Quinto).

- «En suma, de la doctrina contenida en las Ss TC 120/1990 y 137/1990 se desprende que, como señala la primera de ellas, no es constitucionalmente exigible a la Administración Penitenciaria que se abstenga a prestar asistencia médica, que precisamente va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el artículo 15 de la Constitución Española protege. Pero esta protección que entraña necesariamente una restricción a la libertad, ha de realizarse mediante un ponderado juicio de proporcionalidad que, sin impedir los deberes de la Administración Penitenciaria a velar por la vida, integridad y salud de los internos (artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), restrinja al mínimo los derechos fundamentales de quienes por el riesgo de su vida en que voluntariamente se han colocado, precisen tal protección».

Dicha doctrina podría resultar de aplicación, con las limitaciones que se señalarán en otros epígrafes del presente informe, a la cuestión que ahora se debate. La protección y la obligación de preservar la vida y la salud de los menores que entrañan los artículos 43 y 15 de la Constitución, y la restricción de la libertad que puede comportar el internamiento terapéutico o el tratamiento ambulatorio, ha de realizarse mediante un ponderado juicio de proporcionalidad que, sin impedir los deberes éticos y profesionales del médico y de la familia del enfermo (o de quien se niega a seguir un determinado tratamiento médico prescrito como necesario) de velar por la vida, integridad y salud de éste, restrinja lo mínimo posible los derechos fundamentales (la libertad sobre todo) de quienes, por el riesgo de su vida o de su salud en que voluntariamente se colocan precise de tal protección.

Creemos que ese juicio de proporcionalidad, delicado y grave, como se observa en las sentencias del Tribunal Constitucional mencionadas, deben hacerlo los órganos judiciales, previamente a la adopción de medidas coercitivas, cuando haya tiempo y sea posible juzgar acerca de su necesidad y oportunidad con antelación y sin riesgo para la vida o la salud del afectado, valorando la oportunidad de la medida, si es razonable y justificada; para ello recabará el Juez informes de especialistas y demás, y decidirá atendiendo al interés del menor en función de los referidos derechos fundamentales a la libertad y a la vida o la salud. O decidirá a posteriori, cuando por razones de urgencia no sea posible postergar el tratamiento médico a la espera de la resolución judicial.

Sin embargo, como muestra de la idea expresada anteriormente, de que las medidas sobre tratamientos obligatorios existentes en nuestro ordenamiento jurídico no son unívocas ni generales para todos los casos, en los supuestos del internamiento terapéutico y del tratamiento ambulatorio, establecidas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, la decisión última o el consentimiento sobre la aplicabilidad de las mismas corresponde al menor, sin que parezca, a tenor de la redacción literal de los apartados 1. d) y 1, e) del citado artículo 7, que el legislador haya previsto otra solución que la imposibilidad de llevar a cabo dichas medidas para el caso de la negativa del menor a ello y la aplicación de otra medida adecuada a sus circunstancias.

Curiosamente, en el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se dice (parece ser que con relación a todas las demás medidas susceptibles de ser impuestas a los menores salvo para el internamiento terapéutico y para el tratamiento ambulatorio, aunque sin señalarse así específicamente en dicho apartado) que, para la

elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el Letrado del menor en sus postulaciones, como por el Juez en la Sentencia, se deberá atender de modo flexible no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente, a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto en los dos últimos informes de los equipos técnicos, debiendo motivar el Juez en la sentencia con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, no entendiéndose por qué, para la aplicación a los menores de otras medidas cuya restricción de derechos es mayor que el internamiento terapéutico o el tratamiento ambulatorio (como el internamiento en régimen cerrado, el internamiento en régimen semiabierto o el internamiento en régimen abierto) no se tiene en cuenta la opinión del menor para su aplicabilidad y, lo que es aún más importante, por qué no se distinguen, a la hora de aplicar el internamiento terapéutico o el tratamiento ambulatorio al menor, circunstancias tales como la edad del mismo o sus condiciones de madurez, que sí parecen ser tenidas en cuenta (según la redacción literal del artículo 7.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero) para todas las demás medidas susceptibles de ser impuestas a los menores.

4. LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Existe una importante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en interpretación del artículo 5 del Convenio de Roma del año 1950, que defiende de una forma muy enérgica el valor libertad como derecho fundamental de la persona. Esa jurisprudencia de este Tribunal del Convenio de referencia, que ya constituye una ley interna, una vez ratificado por España, y asumida que ha sido dicha doctrina por nuestro Tribunal Constitucional, creemos que debe ser tenida en cuenta a la hora de tomar decisiones, como las analizadas en la solicitud del presente informe, en las que se ve afectada la libertad de ciertas personas.

Se trata de sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión de la interpretación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, en diversos casos y sentencias, de las que pueden citarse como más conocidas las siguientes: caso Winterwerp (Sentencia de 24 de octubre de 1979), caso X contra el Reino Unido (Sentencia de 5 de noviembre de 1981), caso Luberti (Sentencia de 22 de febrero de 1984) y caso Ashingdane (Sentencia de 28 de mayo de 1985). Doctrina ésta, por otro lado, que ha invocado nuestro Tribunal Constitucional en varias ocasiones, por ejemplo, en su Sentencia 104/1990. Veamos ahora cuáles son las líneas fundamentales de dicha doctrina:

- a) Dicho Tribunal parte, como regla general, de una vida en libertad, de manera que las privaciones a dicho derecho fundamental son tasadas. Las excepciones del artículo 5 del Convenio son exhaustivas (númerus clausus, como se declara en el Caso Winterwerp y otros), y exigen una interpretación restrictiva (Caso Klaus, Sentencias de 6 de septiembre de 1978 y caso Sunday Times, Sentencia de 26 de abril de 1979).
- b) La finalidad que persigue el artículo 5 del Convenio es que no se prive a nadie de su libertad sino en los casos que expresamente se prevé (Casos Lawless, Engel, Winterwerp). Llega a decir el Tribunal que la protección de la libertad ha de ser incluso contra la voluntad del propio individuo (Caso De Wilde, Sentencia de 18 de junio de 1971), donde expresa que «el derecho a la libertad reviste demasiada importancia en una sociedad democrática, en

el sentido del Convenio, para que una persona pierda el beneficio de la protección de éste por el mero hecho de que ella misma se constituya en prisión».

- c) El Convenio no concreta el sentido de la palabra enajenado. El Tribunal estima, además, que es un concepto en constante evolución. En la Sentencia del Caso Winterwerp dice algo tan importante como esto: «en cualquier caso, no se puede entender que el párrafo e) del artículo 5.1 (que autoriza el internamiento del enajenado) permita internar a una persona por el mero hecho de que sus ideas o su comportamiento se aparten de las normas que predominan en determinada sociedad».
- d) El Tribunal ha determinado los requisitos para que el internamiento de un enajenado sea «conforme a Derecho», o sea para que no haya violación del Convenio. Se trata de condiciones mínimas y son las siguientes:
 - 1. Salvo en caso de urgencia, debe haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haber demostrado ante la autoridad competente por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de un trastorno mental real.
 - 2. El trastorno mental debe revestir un carácter o una amplitud que legitime el internamiento.
 - 3. Éste no puede prolongarse válidamente sin que persista dicho trastorno.
- e) En el caso De Wilde (Sentencia de 1971), declara el Tribunal que cuando la resolución que priva de libertad procede de un órgano administrativo, el artículo 5.4 del Convenio obliga a los Estados a proporcionar al detenido un recurso ante un órgano judicial. En relación con esto deduce el propio Tribunal la necesidad de advertir al interesado la razón de su internamiento, y la obligación de pronunciarse el órgano judicial en un plazo breve sobre la legalidad del mantenimiento del internamiento, así como sobre la necesidad de un control posterior, a intervalos razonables, por si varían los motivos del internamiento inicial.

5. LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES EN LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE

Por lo que se refiere al consentimiento de menores e incapaces, el Convenio de Oviedo, en sus artículos 5, 6 y 7 expresa lo siguiente:

«Como regla general, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento, cuando redunde en su beneficio.

2. Cuando, según la Ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad, o una persona o institución designada por la Ley.

La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

3. Cuando, según la Ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la Ley.

La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3, recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5.

5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3, podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada.

La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la Ley, que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como de medios de elevación de recursos».

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía de los Pacientes y de los Derechos de Información y Documentación Clínica, no existía en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que determinase con carácter general la edad o los criterios a los que habría que atender para valorar el grado de madurez del menor, o, como se dice en la doctrina francesa «la mayoría médica», que solía fijarse en los quince años de edad.

En el Derecho Inglés, el Acta sobre Derecho de Familia la sitúa en los dieciséis años y distingue, además, según las características de la intervención médica. De ahí que, por regla general, se suele considerar válido el consentimiento otorgado por los mayores de dieciséis años, sin necesidad de que además presten consentimiento los padres de los mismos. No obstante, en los casos de cirugía mayor o de intervenciones de alto riesgo, se aconseja informar a los padres, salvo que el paciente no lo autorizara. En los menores de dieciséis años se atiende también a los distintos tratamientos, como regla general de que el menor debe ser informado y consentir si es capaz de comprender la finalidad, la naturaleza y los riesgos de la intervención.

En una conocida Sentencia de la Cámara de los Lores, a la que se hizo ya mención anteriormente, (Gillick contra el Hospital de West Norfolk, el Área de Salud de Widsberk y el Departamento de Salud) se consideró válido el consentimiento de una menor de dieciséis años para ser informada y consentir sin información ni consentimiento de los padres, en el tratamiento anticonceptivo. Dicha resolución exigió que se actuase en interés del menor y que el médico se asegurase de la comprensión de la naturaleza del consejo o del tratamiento y con ello de los beneficios para su salud física y mental, y ello aunque no pudiera convencerla de que informase a sus padres o le permitiera hacerlo al médico y aunque estuviera convencido de que la menor iniciaría relaciones sexuales.

La cuestión atinente a la capacidad de los menores para consentir válidamente fue muy debatida, enfrentándose las posiciones de quienes entendían que la patria potestad exigía la intervención de los padres y quienes sostienen que, en determinadas condiciones de madurez, se puede prescindir no sólo del consentimiento prestado por los padres, sino de la información a los mismos de las circunstancias médicas del menor.

En nuestro país, como se dice, antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo condenó, mediante Sentencia de 27 de junio de 1997, por delito de homicidio por omisión a los padres de un menor de trece años de edad, que falleció por no haber recibido una transfusión de 6 centímetros cúbicos de plaquetas.

Se trató de un caso en que los padres, al no existir posibilidad de tratamiento alternativo, solicitaron el alta voluntaria, que les fue denegada por el hospital al entender que peligraba la vida del menor. El propio menor rechazó «aterrorizado», según se declaró probado en la sentencia, los intentos de transfusión de los médicos, una vez obtenida autorización judicial para ello, reaccionando «agitada y violentamente, en un estado de gran excitación», que los médicos estimaron muy contraproducente por poder desencadenar una hemorragia cerebral.

En dicha Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a diferencia de lo ocurría en la Sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en la que se planteaba expresamente el problema del valor del consentimiento del menor, el Tribunal Supremo afirma que el derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres y pasa por la cuestión de forma superficial, recordando sin citarlos que la legislación aporta expresivos ejemplos acerca de la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida.

Dicha Sentencia, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, fue anulada por la Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, al conocer del Recurso de Amparo interpuesto contra aquélla, en fecha de 18 de julio de 2002, la cual, resume las alegaciones contenidas en el Recurso de Amparo, en el que se cuestionaban las bases que, según la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, sustentaban la condena penal impuesta, que son, en lo que importa a los efectos del presente informe, la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años estando en juego su propia vida. Dichas alegaciones fueron las siguientes:

«Señala, al efecto, la demanda de amparo, que el artículo 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama el derecho de toda persona a la «libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», y que los límites de la libertad religiosa se hallan relacionados en el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, el cual se refiere a la «protección del derecho de los demás» y a la «salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley». De ello deduce que tales límites «no entran en juego en el caso individual de un paciente que se niega por razones religiosas a una transfusión de sangre, pues dichos límites protegen bienes jurídicos y no individuales», e indica que «la salud pública actuaría como límite de la libertad religiosa», de modo que la negativa a un tratamiento «sería inoperante si no existiera riesgo alguno para la salud pública en la expresión de tal negativa».

Recuerda también la demanda de amparo, con explícita referencia a la Convención de los Derechos del Niño, que el menor, según previsión explícita de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor «tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión» (artículo 6.1) y tiene igualmente «el derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal», derecho que podrá ejercitar por sí mismo, o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga suficiente juicio» (artículo 9).

Asimismo, tras mencionar el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, que proclama el artículo 15 de la Constitución Española, indica la demanda de amparo que, como consta en el relato de hechos probados, la advertencia de la inminencia de una transfusión provocó en el menor una reacción de auténtico terror, que no pudo ser disipado o neutralizado pese a toda la fuerza de persuasión desplegada por el personal sanitario.

De todo ello, concluye en este particular la demanda «resulta evidente la violación de los derechos que al menor garantizaban los artículos 16.1 y 15 de la Constitución Española, negando validez y relevancia a su libre y consciente voluntad y consentimiento.

... Apelan los recurrentes a la inmunidad de coacción, que a todos protege de ser obligados a practicar actos de culto contrarios a sus propias creencias, cuya base estaría en la dignidad misma de las personas. Además, la obligación de «prestar asistencia de todo orden a los hijos... durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (artículo 39. 3 de la Constitución Española), no se opone, sino más bien lo contrario (artículo 6.3 de la Ley Orgánica 1/1996), según señala la demanda de amparo, al pleno ejercicio de los derechos constitucionales que, como a todos, se reconoce también al hijo, el cual, de haber discrepado del criterio paterno en este ámbito de libertad de conciencia, podría incluso haber ignorado la representación legalmente atribuida a los padres.

A la misma conclusión se llega, afirma la demanda de amparo, atendiendo a las previsiones articuladas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (artículos 10.1, 4, 6 y 9)...

El menor tenía suficiente juicio y en tales circunstancias –razona la demanda de amparo– los padres estaban obligados, antes que a hacerle desistir, a prestarle asistencia en el ejercicio personal y legítimo de sus propios derechos constitucionales de libertad de conciencia y religión, a la integridad física y moral y al rechazo a la tortura....

Concluye la demanda de amparo, que asimismo se apoya en los fundamentos de la Sentencia casada, que es evidente la inconstitucionalidad de la exigencia judicial del deber de disuadir a su hijo (de trece años de edad y acreditada madurez de pensamiento y voluntad) de su personal y legítima decisión de rechazar, en el ejercicio de sus derechos a la libertad de religión y de conciencia y a la integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano, un tratamiento transfusional del que sus propios cuidadores médicos y judiciales desistieron...

En el Fundamento Jurídico Noveno de la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional se analiza el significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito, diciéndose lo siguiente:

«En el caso traído a nuestra consideración el menor expresó con claridad, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico. Es éste un dato a tener en cuenta, que en modo alguno puede estimarse irrelevante y que además cobra especial importancia dada la inexistencia de tratamientos alternativos al que se había prescrito.

Ahora bien, lo que fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato personal (como distinto del derecho a la salud o a la vida) y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 C.E).

Pasemos ahora a considerar la relevancia que, en su caso, pueda tener la oposición manifestada del menor al tratamiento médico prescrito.

En el recurso de amparo, se alega precisamente, como ya hemos indicado, el error de la Sentencia impugnada al establecer «la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño menor de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida.

Es cierto que el Ordenamiento Jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad. Ello se aprecia en concreto (atendiendo a la normativa que pudiera regular las relaciones entre las personas afectadas por el tema que nos ocupa) tanto en la Compilación del Derecho Civil de Aragón (aplicable en cuanto tuvieran la vecindad civil en dicho territorio foral) como, en su caso, en el Código Civil. Así, los actos relativos a los derechos de la personalidad (entre los que se halla precisamente el de la integridad física), de los que queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres en cuanto titulares de la patria potestad, según explícitamente proclama el artículo 162.1 del Código Civil (precepto sin correlato expreso en la Compilación); tal exclusión, por otra parte, no alcanza al deber de velar y cuidar del menor y sus intereses. También cabe señalar diversos actos conducentes a la creación de efectos jurídicos o a la formalización de determinados actos jurídicos, como son, entre otros, los relativos a la capacidad de contraer matrimonio, para testar, para testificar, para se oído a fin de otorgar su guarda o custodia a uno de los progenitores. Y asimismo en el ámbito penal, para la tipificación de determinados delitos.

Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de apoyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto –como el ahora contemplado– que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia irreparable.

De las consideraciones anteriores cabe concluir que, para el examen del supuesto planteado, es obligado tener en cuenta diversos extremos. En primer lugar, el hecho de que el menor ejerció determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, el valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor: según hemos declarado, la vida, «en su dimensión objetiva» es un «valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible (STC 53/1985) (STC 120/1990, de 27 de junio). En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: tal decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida.

En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza (y así lo entienden las sentencias ahora impugnadas) que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados habrían de adoptar.

Pero ello no obstante, es oportuno señalar que la reacción del menor a los intentos de la actuación médica (descrita en el relato de hechos probados) pone de manifiesto que había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de la colaboración que se les pedía a éstos».

Vemos, pues, que, a tenor de lo declarado en el relato fáctico de las resoluciones judiciales, en el caso que comentamos se niega que el menor, de trece años de edad, tuviera suficiente capacidad de juicio para poder rechazar las prestaciones sanitarias.

En síntesis, de acuerdo con lo que venimos exponiendo, en la normativa, doctrina y jurisprudencia anteriores a la promulgación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, se puede afirmar que, en lo que respecta a la dispensación al menor de los cuidados sanitarios y terapéuticos que precisase su salud, la capacidad del mismo estaba concebida en términos amplios, de tal forma que el acceso por los menores a dichas prestaciones sanitarias y terapéuticas, por sí solos y sin necesidad de autorización de los representantes legales, se constreñía a lo que la doctrina y la jurisprudencia venían denominando como «minoría madura».

En consecuencia, la dificultad de la aplicación de las normas radicaba en determinar de forma concreta qué es lo que debía entenderse por «menor maduro» y, con carácter general, a dichos efectos se tenía en cuenta que la determinación del suficiente juicio del menor tenía que llevarse a cabo poniendo en relación a dicho menor con los supuestos de hecho concretos y determinados para los que se pretendía valorar su capacidad.

La promulgación y entrada en vigor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ha producido una mejor concreción de la materia, permitiendo una mejor delimitación de los profesionales sanitarios en relación con el consentimiento otorgado por los menores. Así pues, con arreglo a la nueva normativa (artículo 9.3), contenida en dicha Ley Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, los diversos supuestos y situaciones que pueden plantearse en relación con el consentimiento de los menores son los siguientes:

1. Por lo que se refiere a los pacientes menores de edad que no sean capaces, intelectual ni emocionalmente, de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.
2. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

En la primera de las situaciones descrita, si se interpreta a sensu contrario el precepto legal (art. 9. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre), parece ser que el legislador entiende que el umbral inferior de la «minoría madura» se halla en los doce años cumplidos, de tal forma que, en edades inferiores a los doce años cumplidos, la prestación del consentimiento debería siempre ser otorgada por el representante legal del menor o, en su defecto, por las personas vinculadas familiarmente o de hecho con el mismo.

En la segunda de las situaciones analizadas, no cabe prestar el consentimiento por representación, sino que siempre habría de ser recabado del menor con dieciséis años cumplidos o emancipados, con la única salvedad de que, en caso de actuación de grave riesgo los padres también serán informados (pero no consentirán por el menor, aunque su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente).

Existe, pues, entre los doce y los dieciséis años cumplidos, un abanico de posibilidades de actuación con relación al consentimiento de los menores, posibilidades éstas que serían las siguientes:

1. Supuesto de mayores de doce años y menores de dieciséis años que no cuentan, a juicio de los facultativos, con capacidad para comprender el alcance de la intervención terapéutica. En este caso, el consentimiento debería ser prestado por los representantes legales del menor o, en su defecto, por las personas vinculadas familiarmente o de hecho con el mismo.
2. Supuesto de mayores de doce años y menores de dieciséis años que cuenten, a juicio del facultativo, con capacidad suficiente para comprender el alcance de la intervención terapéutica. Este sería el verdadero caso del «menor maduro», en el cual, tanto la recepción de la información como el otorgamiento del consentimiento deberían ser llevados a cabo por el propio menor maduro –capaz de actuar por sí mismo de acuerdo con la doctrina de los órganos judiciales al respecto– como se deduce de una interpretación, a sensu contrario, del artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.
3. Supuesto en que el paciente tenga dieciséis años cumplidos o se hallen emancipados. En este caso, la norma es taxativa: no cabe prestar el consentimiento por representación, el cual será prestado generalmente por el menor. Se podría exceptuar de este supuesto el caso de actuación por grave riesgo para la salud del menor, a criterio del profesional sanitario, en el cual los padres deben ser informados y su opinión tenida en cuenta para la adopción de la decisión correspondiente. Se evidencia aquí un posible conflicto de intereses entre el menor emancipado o con más de dieciséis años y los padres, el cual debería ser resuelto por la autoridad judicial, de manera que la misma resolviera de forma ajustada a Derecho sobre si prevalece en este caso la opinión del menor o la de sus progenitores.

6. EL CONFLICTO ENTRE EL ARTÍCULO 7. 1. D) Y E) DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, Y EL ARTÍCULO 9.3 DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, BÁSICA REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DE LOS PACIENTES Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA

Para concluir el presente informe, han de analizarse, las contradicciones existentes entre la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor y la Ley Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

El conflicto se plantea porque las medidas consistentes en el internamiento terapéutico y en el tratamiento ambulatorio que pueden ser impuestas a los menores tienen carácter médico-sanitario y requieren, según la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, el consentimiento del mismo para seguir un tratamiento de deshabitación, de forma que, si aquél lo rechaza, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias y, por el contrario, en materia médico-sanitaria, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, permite otorgar el consentimiento por representación en el caso de menores con menos de dieciséis años cumplidos, o no emancipados.

De acuerdo con lo manifestado con el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, el problema se plantea porque, en la primera fase del consumo, habitualmente ninguna persona tiene voluntad para alejarse de la droga, porque ni siquiera existe conciencia de la dependencia y enfermedad y, por tanto, en este período nunca se otorgará el consentimiento para el ingreso en un centro terapéutico, y más tarde, será aún más difícil porque la adicción domina ya la voluntad;

por ello, señala el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, puede ponerse en riesgo la finalidad recuperadora de la medida y la salud del propio menor, todo ello al margen de las dificultades prácticas para determinar si el menor tiene o no suficiente madurez de juicio.

Nos hallamos completamente de acuerdo con las manifestaciones anteriormente apuntadas, sobre las dificultades de éxito en la aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, pero, además, a nuestro juicio, existen ciertas contradicciones en la regulación del consentimiento de los menores entre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que pasamos a señalar:

1. La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en su artículo 7.1.d) y e), prevé respecto del internamiento terapéutico y del tratamiento ambulatorio que, cuando el interesado rechace el tratamiento, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias, de tal modo que parece que posibilita un amplio ámbito de autonomía de voluntad del menor de tal forma que, sin el consentimiento del mismo no podrían aplicarse tales medidas.

Por el contrario, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, partiendo también como regla general del principio de que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, permite, en su artículo 9. 2, que los facultativos puedan llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

2. La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, para el rechazo de las medidas consistentes en el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio, no atiende al criterio de la edad del menor al que han de aplicarse dichas medidas.

Por el contrario, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sí que atiende al criterio de la edad y de la capacidad del menor a la hora de prestar el consentimiento, señalando que se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, en cuyo caso el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, si tiene doce años cumplidos y, sin embargo, cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación, aunque, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres han de ser informados y su opinión tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Pues bien, si tenemos en cuenta (como muy acertadamente señala el Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid) que tanto el internamiento terapéutico como el tratamiento ambulatorio son medidas de naturaleza médico-sanitaria, a diferencia del resto de las medidas contenidas en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor que tienen naturaleza sancionadora-educativa, el conflicto entre las dos leyes, anteriormente apuntado, debería ser resuelto (atendido el principio de especialidad) a favor de la aplicación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y ello posibilitaría que, aún cuando el consentimiento del menor fuera trascendente para la aceptación o el rechazo del internamiento terapéutico o del tratamiento ambulatorio, el menor no pudiese rechazar la aplicación de tales medidas en caso de riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo, como podría acontecer en los casos de deshabituación, o que, aún cuando el menor fuese oído, no pudiera decidir sobre el rechazo de dichas medidas si

fuese menor de dieciséis años o bien que, por último, si fuese mayor de dieciséis años, tampoco pudiera tenerse en cuenta su consentimiento cuando no fuese capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de dicha medida, como sucedería en el caso de que el mismo no tenga conciencia de la dependencia y enfermedad que produce el consumo de droga o en el caso de que la adicción domine su voluntad.

A favor de la aplicabilidad de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre podría alegarse que el artículo 3.1 del Código Civil, al establecer los criterios de interpretación de las normas jurídicas, establece que las normas han de tomarse en su sentido propio, pero ello ha de hacerse en relación con el «contexto», puesto que la interpretación aconseja poner en conexión todos los preceptos legislativos que tratan de una determinada cuestión, presuponiendo que hay entre ellos un orden coherente, de tal modo que el contexto sería el conjunto de textos reguladores de la materia.

Por último, el conflicto apuntado entre lo establecido en una Ley Orgánica y lo dispuesto en una Ley Ordinaria, creemos que el mismo no puede ser resuelto atendiendo a razones de «jerarquía normativa» sino de «competencia». La jerarquía se da como criterio para ordenar normas jurídicas emanadas de órganos subordinados entre sí: así, la preeminencia de la ley sobre el reglamento es consecuencia de la subordinación del Ejecutivo al Legislativo y, en cambio, en el caso de la ley orgánica y la ley ordinaria, ambas emanan del mismo órgano: el Poder Legislativo, que en ambos casos actúa en representación de la soberanía nacional. De aceptarse dicho razonamiento, y siendo las medidas consistentes en el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio, como se ha dicho, de carácter médico-sanitario, parece evidente que la «competencia» abona a favor de la aplicabilidad a los menores en los casos citados en la petición de este informe de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA. A la luz de lo establecido en artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, cabe coincidir, en lo referente al internamiento terapéutico, recogido en el apartado 1.d), como en lo atinente al tratamiento ambulatorio previsto en el apartado 1. e), en que, en ambos casos, a diferencia del resto de medidas susceptibles de ser impuestas a los menores las cuales están dotadas de una naturaleza jurídica material sancionadora-educativa, la naturaleza jurídica de las mismas es eminentemente médico-sanitaria.

SEGUNDA. En nuestro ordenamiento jurídico, la tipologías y las ocasiones en las que pueden tener lugar tratamientos sanitarios prescindiendo del consentimiento del afectado pueden ser muy variadas. Van, por ejemplo, desde ciertas pruebas biológicas en procesos de filiación y en asuntos penales, en caso de transfusiones de sangres a Testigos de Jehová en relación con menores de edad, en casos de anorexia y otros. Con carácter general puede decirse que, en Derecho Español, no hay una solución unívoca, porque para no pocas de esas situaciones no hay una previsión legal, y los órganos jurisdiccionales tienen que buscar la solución por aplicación analógica de ciertas normas y principios.

TERCERA. Como no existe una solución directa y unívoca en nuestro ordenamiento jurídico sobre la realización de intervenciones sanitarias prescindiendo del consentimiento del paciente, en los casos de una resistencia absoluta y una negativa total a dichos tratamientos obligatorios, como no existe una norma unívoca que, de una manera directa, resuelva el problema, el jurista tiene que

razonar partiendo de valoraciones y decisiones judiciales en casos más o menos semejantes. La analogía directa y plena es difícil. Pero, por lo menos, tiene que inducir ciertos principios partiendo de otras normas y de decisiones importantes.

CUARTA. Por ejemplo, en los casos de tratamiento y alimentación forzada en caso de huelga de hambre, en este conflicto, entre los derechos a la libertad individual y a la vida y a la integridad física, y sus respectivos y recíprocos límites, dicha situación se planteó en nuestro país con ocasión de la huelga de los presos del GRAPO internados en establecimientos penitenciarios, que se declararon en huelga de hambre hasta la muerte, los cuales fueron alimentados forzosamente, frente a su abierta negativa, por Instituciones Penitenciarias, lo que fue recurrido por los interesados, primero ante la Jurisdicción Ordinaria y luego ante el Tribunal Constitucional, el cual resolvió declarando ajustado al Ordenamiento Jurídico Constitucional la medida adoptada por las autoridades penitenciarias.

QUINTA. La doctrina constitucional sobre alimentación forzada podría resultar de aplicación, con las limitaciones que se señalarán en otras conclusiones del presente informe, a la cuestión que ahora se debate. La protección y la obligación de preservar la vida y la salud de los menores que entrañan los artículos 43 y 15 de la Constitución, y la restricción de la libertad que puede comportar el internamiento terapéutico o el tratamiento ambulatorio, ha de realizarse mediante un ponderado juicio de proporcionalidad que, sin impedir los deberes éticos y profesionales del médico y de la familia del enfermo (o de quien se niega a seguir un determinado tratamiento médico prescrito como necesario) de velar por la vida, integridad y salud de éste, restrinja lo mínimo posible los derechos fundamentales (la libertad sobre todo) de quienes, por el riesgo de su vida o de su salud en que voluntariamente se colocan precise de tal protección.

SEXTA. Como muestra de la conclusión expresada anteriormente, de que las medidas sobre tratamientos obligatorios existentes en nuestro ordenamiento jurídico no son unívocas ni generales para todos los casos, en los supuestos del internamiento terapéutico y del tratamiento ambulatorio, establecidas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, la decisión última o el consentimiento sobre la aplicabilidad de las mismas corresponde al menor, sin que parezca, a tenor de la redacción literal de los apartados 1. d) y 1. e) del citado artículo 7, que el legislador haya previsto otra solución que la imposibilidad de llevar a cabo dichas medidas para el caso de la negativa del menor a ello y la aplicación de otra medida adecuada a sus circunstancias.

Curiosamente, en el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se dice (parece ser que con relación a todas las demás medidas susceptibles de ser impuestas a los menores salvo para el internamiento terapéutico y para el tratamiento ambulatorio, aunque sin señalarse así específicamente en dicho apartado) que, para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el Letrado del menor en sus postulaciones, como por el Juez en la Sentencia, se deberá atender de modo flexible no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente, a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto en los dos últimos informes de los equipos técnicos, debiendo motivar el Juez en la sentencia con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, no entendiéndose por qué, para la aplicación a los menores de otras medidas cuya restricción de derechos es mayor que el internamiento terapéutico o el tratamiento ambulatorio (como el internamiento en régimen cerrado, el internamiento en régimen semiabierto o el internamiento en régimen abierto) no se

tiene en cuenta la opinión del menor para su aplicabilidad y, lo que es aún más importante, por qué no se distinguen, a la hora de aplicar el internamiento terapéutico o el tratamiento ambulatorio al menor circunstancias tales como la edad del mismo o sus condiciones de madurez, que sí parecen ser tenidas en cuenta (según la redacción literal del artículo 7.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero) para todas las demás medidas susceptibles de ser impuestas a los menores.

SÉPTIMA. Existe una importante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en interpretación del artículo 5 del Convenio de Roma del año 1950, que defiende de una forma muy enérgica el valor libertad como derecho fundamental de la persona. Esa jurisprudencia de este Tribunal del Convenio de referencia, que ya constituye una ley interna, creemos que debe ser tenida en cuenta a la hora de tomar decisiones, como las analizadas en la solicitud del presente informe, en las que se ve afectada la libertad de ciertas personas.

En el caso De Wilde (Sentencia de 1971), declara el Tribunal que cuando la resolución que priva de libertad procede de un órgano administrativo, el artículo 5.4 del Convenio obliga a los Estados a proporcionar al detenido un recurso ante un órgano judicial. En relación con esto deduce el propio Tribunal la necesidad de advertir al interesado la razón de su internamiento, y la obligación de pronunciarse el órgano judicial en un plazo breve sobre la legalidad del mantenimiento del internamiento, así como sobre la necesidad de un control posterior, a intervalos razonables, por si varían los motivos del internamiento inicial.

OCTAVA. Nos hallamos completamente de acuerdo con las manifestaciones contenidas en la petición del presente informe, sobre las dificultades de éxito en la aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, pero, además, a nuestro juicio, existen ciertas contradicciones en la regulación del consentimiento de los menores entre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que son las siguientes:

1. La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en su artículo 7.1.d) y e), prevé respecto del internamiento terapéutico y del tratamiento ambulatorio que, cuando el interesado rechace el tratamiento, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias, de tal modo que parece que posibilita un amplio ámbito de autonomía de voluntad del menor de tal forma que, sin el consentimiento del mismo no podrían aplicarse tales medidas.

Por el contrario, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, partiendo también como regla general del principio de que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, permite, en su artículo 9. 2, que los facultativos puedan llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

2. La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, para el rechazo de las medidas consistentes en el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio, no atiende al criterio de la edad del menor al que han de aplicarse dichas medidas.

Por el contrario, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sí que atiende al criterio de la edad y de la capacidad del menor a la hora de prestar el consentimiento, señalando que se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, en cuyo caso el consenti-

miento lo prestará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, si tiene doce años cumplidos y, sin embargo, cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación, aunque, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres han de ser informados y su opinión tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

NOVENA. Si se tiene en cuenta (como muy acertadamente señala el Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid en la petición de este informe) que tanto el internamiento terapéutico como el tratamiento ambulatorio son medidas de naturaleza médico-sanitaria, a diferencia del resto de las medidas contenidas en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor que tienen naturaleza sancionadora-educativa, el conflicto entre las dos leyes, anteriormente apuntado, debería ser resuelto (atendido el principio de especialidad) a favor de la aplicación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y ello posibilitaría que, aún cuando el consentimiento del menor fuera trascendente para la aceptación o el rechazo del internamiento terapéutico o del tratamiento ambulatorio, el menor no pudiese rechazar la aplicación de tales medidas en caso de riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo, como podría acontecer en los casos de deshabituación, o que, aún cuando el menor fuese oído, no pudiera decidir sobre el rechazo de dichas medidas si fuese menor de dieciséis años o bien que, por último, si fuese mayor de dieciséis años, tampoco pudiera tenerse en cuenta su consentimiento cuando no fuese capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de dicha medida, como sucedería en el caso de que el mismo no tenga conciencia de la dependencia y enfermedad que produce el consumo de droga o en el caso de que la adicción domine su voluntad.

A favor de la aplicabilidad de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre podría alegarse que el artículo 3.1 del Código Civil, al establecer los criterios de interpretación de las normas jurídicas, establece que las normas han de tomarse en su sentido propio, pero ello ha de hacerse en relación con el «contexto», puesto que la interpretación aconseja poner en conexión todos los preceptos legislativos que tratan de una determinada cuestión, presuponiendo que hay entre ellos un orden coherente, de tal modo que el contexto sería el conjunto de textos reguladores de la materia.

DÉCIMA. Por último, en el conflicto apuntado entre lo establecido en una Ley Orgánica y lo dispuesto en una Ley Ordinaria, creemos que el mismo no puede ser resuelto atendiendo a razones de «jerarquía normativa» sino de «competencia». La jerarquía se da como criterio para ordenar normas jurídicas emanadas de órganos subordinados entre sí: así, la preeminencia de la ley sobre el reglamento es consecuencia de la subordinación del Ejecutivo al Legislativo y, en cambio, en el caso de la ley orgánica y la ley ordinaria, ambas emanan del mismo órgano: el Poder Legislativo, que en ambos casos actúa en representación de la soberanía nacional. De aceptarse dicho razonamiento, y siendo las medidas consistentes en el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio, como se ha dicho, de carácter médico-sanitario, parece evidente que la «competencia» abona a favor de la aplicabilidad a los menores en los casos citados en la petición de este informe de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Tal es la opinión del Letrado que suscribe, que se somete, como siempre, a otra mejor fundada.

Madrid, mayo de dos mil cuatro.