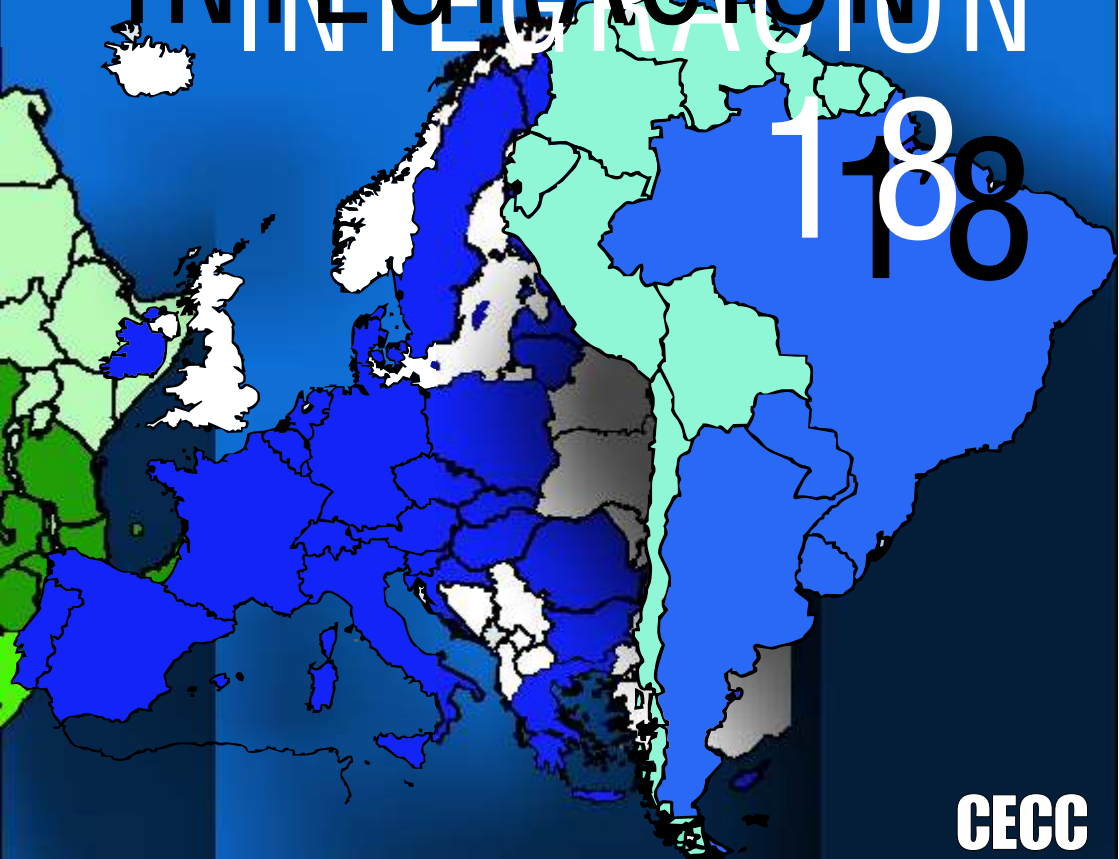


Derecho

de la

INTEGRACIÓN

188



CECC

Centro de Estudios Comunitarios y Comparados

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Rosario

2021

Derecho de la INTEGRACIÓN 18



CECC
Centro de Estudios Comunitarios y Comparados
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Rosario

2021

©

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

FACULTAD DE DERECHO

C.U.I.T. 30-52355240-2

Córdoba 2020 C.P. 2000 Rosario, Santa Fe, Argentina

Salvo indicación expresa, "Derecho de la Integración" y su dirección no se identifican necesariamente con las opiniones y los juicios que los autores sustentan.

Director Responsable: Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani

Encargadas de la edición: María Alejandra Larrea y Pilar Amalia Llobet

ISSN en trámite

Tirada de 30 ejemplares

Hecho el depósito ley 11.723

Diseño de la tapa: María Alejandra Larrea

Composición final: B&LSra Ediciones

Universidad Nacional de Rosario

Rector: Lic. Franco Bartolacci

Vicerrector: Prof. Od. Héctor Darío Masía

Facultad de Derecho

Decano: Prof. Dr. Hernán J. Botta

Vice-Decana: Prof. Dra. Araceli Díaz

Secretaria de Ciencia y Técnica: Prof. Dra. Paula Navarro

Consejo Directivo

Consejeros Docentes:

Dr. Marcelo Vedrovnik

Dra. Andrea Meroi

Dra. Carina Luratti

Dr. Carlos Alfredo Hernández

Dr. Juan José Bentolila

Dr. Jorge Murillo

Dra. Sandra Analía Frustagli

Dra. Margarita Elsa Zabalza

Dr. Gustavo Franceschetti

Dr. Roberto Antonio Vázquez

Consejero No Docente:

Mauro Sebastián Perez

Consejeros Estudiantiles:

Juan Cruz Spizzo

Camila Farías

Guido Fossatti

Ignacio Martin

Matías Vedrovnik

María Paula Saley

Virginia Miñones Pereyra

Vanessa Soldedad Di Bene

Consejero Graduado

Dra. Paula V. Calacé Vigo

Centro de Estudios Comunitarios y Comparados (CECC)

Co-Director: Prof. Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani

Co-Director: Prof. Dr. Alfredo Mario Soto

Subdirector: Prof. Dr. Milton Feoulliade

Secretario: Prof. Dr. Fernando Milano

Arbitros Científicos Ad-Honorem

Prof. Dr. Roberto Cippitani

Prof. Dr. Jorge Fontoura

Prof. Dr. Carlos F. Molina del Pozo

Prof. Dra. Alicia Mariana Perugini

Prof. Dra. Lorenza Sebesta

Prof. Dr. Eduardo Tellechea Bergman

Prof. Dr. Dámaso Francisco Javier Vicente Blanco

ÍNDICE

IN MEMORIAM. Ada LATTUCA	
María Alejandra LARREA	9

SECCIÓN DOCTRINA

EL CONVENIO DE AARHUS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	
Walter F. CARNOTA	35
LA PARTICIPACIÓN DE LOS MENORES EN LA VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19	
Roberto CIPPITANI	57
APORTES TRIALISTAS A LA ESTRATEGIA JURÍDICA DE LA INTEGRACIÓN	
Miguel Angel CIURO CALDANI	87
UMA EFEMÉRIDE A CELEBRAR	
Jorge FONTOURA	116
LA TERRITORIALIDAD DEL DERECHO A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN	
Pilar Amalia LLOBET	139
ALGUNOS ASPECTOS DIVERGENTES EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL ACUERDO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y EL MERCOSUR	
Fernando Mario MILANO	168
EL MECANISMO DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA, EL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA PROTECCIÓN ACTUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA	
Carlos Francisco MOLINA DEL POZO	179
SISTEMAS AGROALIMENTARIOS EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL MERCOSUR	
Sandra Cecilia NEGRO	205

UNIÓN EUROPEA Y DÉFICIT DEMOCRÁTICO	
Calogero PIZZOLO	227
EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR Y	
ESTADOS ASOCIADOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL	
PRIVADO DE LOS CONTRATOS. ENFOQUE COMPARATIVO	
Alfredo Mario SOTO	252
INTEGRACIÓN Y COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA. LOS	
SUBSISTEMAS DE INTEGRACIÓN. EL CASO ARGENTINO-	
CHILENO	
Roberto STOCCO	289
CRÍTICAS Y ESPERANZAS DEL PROYECTO EUROPEO EN LA	
POSMADEMIA: ¿UN GIRO QUE PONGA A EUROPA COMO	
RESPUESTA?	
Dámaso Javier VICENTE BLANCO	326
 SECCIÓN RESEÑA	
RECENSIÓN: UNIONE EUROPEA 2020. I DOCICI MESI	
CHE HANNO SEGNATO L'INTEGRAZIONE EUROPEA,	
A CURA DI PIETRO MANZINI E MICHELE VELLANO,	
WOLTERS KLUWER CEDAM, 2021.	
Alfredo Mario SOTO	353
ESPACIO VIRTUAL SOBRE “AMÉRICA Y EL FUTURO DE	
EUROPA”	
Diego MENDY. Centro de Investigaciones en Filosofía	
Jurídica y Filosofía Social. Centro de Estudios	
Comunitarios y Comparados	360
ÍNDICES DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN N°S 1 A 17	
Pilar Amalia LLOBET. Centro de Estudios Comunitarios y	
Comparados	383

LA PARTICIPACIÓN DE LOS MENORES EN LA VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19

(THE PARTICIPATION OF MINORS IN VACCINATION
AGAINST COVID-19)

Roberto CIPPITANI^{*, **, ***}

Resumen: Después de que la Organización Mundial de la Salud y las autoridades nacionales autorizaran la vacunación de los menores con más de 12 años se pone la cuestión acerca de si son solo los padres quienes deciden sobre este tema, en el ejercicio de sus prerrogativas en el ámbito de la relación de filiación. O si tienen un papel los menores y cuál tiene que ser la posición del personal sanitario y, además, cuándo y cómo pueden intervenir los poderes públicos, especialmente el poder judicial.

El artículo trata de dar una respuesta a la cuestión tomando en consideración los conceptos jurídicos de responsabilidad parental

* Università degli Studi di Perugia, Departamento de Medicina y Cirugía, Centro de Investigación “Rights and Science”; Consiglio Nazionale delle Ricerche – IFAC. Correo electrónico: roberto.cippitani@unipg.it

** Este artículo se ha realizado en el ámbito de los proyectos a continuación: “Umbria Biobank”, PRJ-1506, Azione 2.3.1, POR-FESR 2014-2020 (Italia), cofinanciado por la Unión Europea y por la Región Umbria; Cátedra Jean Monnet “EU*5thFreedom”, financiado por la EACEA de la Unión Europea en el Programa Erasmus+.

*** Se agradece al Dr. Alfredo Soto de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario por la revisión del presente artículo.

(en lugar de la idea tradicional de la potestad), interés de los niños y capacidad de los menores de ejercer directamente sus derechos fundamentales, especialmente la salud. Eso desde el punto de vista de la fuentes internacionales y europeas, con una mirada comparativa con las experiencias a nivel nacional.

El resultado del análisis es que los adolescentes, aunque se tengan que considerar vulnerables y merezcan protección, tienen el derecho de participar de manera proactiva en el proceso de vacunación, recibiendo las informaciones necesarias y tomando la decisión de vacunarse o no. Esta decisión debe prevalecer respecto de la (eventualmente contraria) de uno o de ambos padres.

Sin embargo, este tema así importante y delicado, debe enmarcarse en el más amplio contexto de la sensibilización de jóvenes y adultos para la protección de la salud individual y colectiva en el tiempo de la pandemia.

Abstract: As the World Health Organisation and the national authorities have authorised the vaccination of minors over 12 years old, the question arises whether it is only the parents who decide on this issue, in the exercise of their prerogatives. Or whether minors have a role to play and what the position of the health personnel should be and, furthermore, when and how the public authorities, especially the judiciary, can intervene.

The article tries to answer the question by taking into consideration the legal concepts of parental responsibility (instead of the traditional idea of parental authority), the interests of children and the capacity of minors to directly exercise their fundamental rights, especially their health. This is from the point

of view of international and European sources, with a comparative look at national experiences.

The result of the analysis is that adolescents, although they must be considered vulnerable and deserving of protection, have the right to participate proactively in the vaccination process, receiving the necessary information and making the decision whether to be vaccinated. This decision must take precedence over the (possibly contrary) decision of one or both parents.

However, this important and sensitive issue must be seen in the wider context of raising awareness among young people and adults for the protection of individual and collective health at the time of the pandemic.

Palabras Clave: responsabilidad parental, interés del niño, competencia de los menores, derecho a la salud, vacunas.

Key words: parental responsibility, interests of the child, competence of minors, rights health, vaccines.

1. *Vacunación de los menores contra la Covid-19.*

En muchos países se está dando la posibilidad de vacunarse a los menores de edad.

De hecho, la Organización Mundial de la Sanidad recomienda la vacunación de los menores, especialmente de los más vulnerables, cuando tengan por lo menos 12 años¹.

¹ El Grupo de Expertos en Asesoramiento Estratégico (SAGE) de la OMS opina que la vacuna de Pfizer/BioNTech es apropiada para personas de 12 años en adelante (vid. <https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/coronavirus->

Además, los organismos que tienen la responsabilidad en materia de salud, como la Agencia Europea de Medicamentos (EMA), están autorizando el suministro de vacunas a los menores con más de 12 años².

La participación de los adolescentes en las campañas de vacunación es muy exitosa³, y en algunos casos ellos manifiestan más entusiasmo que los adultos⁴.

Además de las cuestiones ético-jurídicas que están acompañando la vacunación masiva de la población mundial, como principal herramienta para luchar contra la emergencia sanitaria, la vacunación de los menores lleva consigo problemas ulteriores.

Sobre todo, están ocurriendo controversias entre padres y en algunos casos entre menores, que quieren vacunarse, y uno o ambos padres que son contrarios a la vacunación⁵.

La primera cuestión es si son solo los padres que deciden sobre este tema, en el ejercicio de sus prerrogativas que derivan de la relación de filiación. Además, hay que entender cuáles son los

[disease-\(covid-19\)-vaccines?gclid=EAIaIQobChMI_rYo_u38gIVSud3Ch2-vAQOEAAAYASAAEgKnGPD_BwE&topicsurvey=v8kj13](https://www.ema.europa.eu/en/disease-covid-19-vaccines?gclid=EAIaIQobChMI_rYo_u38gIVSud3Ch2-vAQOEAAAYASAAEgKnGPD_BwE&topicsurvey=v8kj13)).

² Vid. en el sitio de la EMA: ema.europa.eu.

³ Como documentado por los periódicos, vid., por ejemplo algunos artículos en el periódico italiano *La Repubblica*: ZINNITI, Alessandra, “Ecco la generazione V. Duemilioni e mezzo di giovani vaccinati in un mese del 7 de agosto de 2021”.

⁴ ZINNITI, Alessandra, “Il buco nero dei cinquantenni e la sfida finale di Figliuolo”, en *La Repubblica*, 12 de agosto de 2021.

⁵ Véase por ejemplo el caso del cual habla FOSCHINI, Chiarastella, “Viola, 16 anni, vaccinata solo dopo la diffida legale al babbo”, en *La Repubblica*, 26 de junio de 2021. Sobre las dudas o la contrariedad de algunos padres, vid. por ejemplo ZINNITI, Alessandra, “Ragazzi rinviare Ragazzi da immunizzare i genitori frenano. I pediatri: sbagliato rinviare”, en *La Repubblica*, 3 de julio de 2021.

derechos y el papel de los menores y cuál tiene que ser la posición del personal sanitario y, asimismo, cuándo y cómo pueden intervenir los poderes públicos y especialmente el poder judicial.

2. Desde la potestad a la responsabilidad.

Una primera respuesta a las cuestiones que se acaban de mencionar es que la decisión sobre la vacunación sea exclusivamente de los padres.

De hecho, este tipo de decisión, así como otras en materia de salud, de educación, y otras materias, son el objeto de la “potestad” parental.

De acuerdo con la teoría tradicional, la potestad se caracteriza como la sujeción de los hijos a los padres⁶. La potestad sería un “complejo de poderes”⁷ que el derecho reconoce como un oficio privado en el interés de los niños⁸.

La potestad parental tiene una historia larga, que se origina por lo menos en el Derecho romano, donde el *pater familias* ejercía un poder absoluto sobre todos los miembros de la familia (mujer, hijos y también los esclavos) los cuales constituían el objeto de la relación jurídica y por eso se definían *alieno iuris subiecti*⁹. Este poder incluyó, por mucho tiempo, al menos

⁶ Véase SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1987, pág. 73.

⁷ BELVEDERE, Andrea, “Potestà dei genitori”, en *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990, págs. 1-2.

⁸ SANTORO-PASSARELLI, Francesco, “Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia”, en *Rivista. Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982, pág. 8 y sig.

⁹ Las personas *alieno iuris subiectae* eran de tres categorías: *in potestate* (esclavos y hijos), *in manu* (la esposa y las mujeres de los hijos) e *in mancipio* (hijos y esclavos emancipados): Gaio, *Istituzioni*, I, 49 ss.

formalmente, el *ius vitae ac necis*¹⁰.

A parte del poder de vida y de muerte, aplicado raramente y que se acabó definitivamente con el advenimiento del cristianismo, como ha escrito Windscheid, el “poder puramente egoísta” del padre en el Derecho romano ha sobrevivido en el derecho moderno¹¹.

De hecho, en particular el Código Napoleón -así como las codificaciones que se derivan de él, y en particular el Código Civil italiano de 1865 y 1942- confirmó la marginalidad del niño en el contexto de una familia dominada por la figura del padre-esposo, “jefe de la familia”¹² y vehículo de transmisión dentro de los valores dominantes de la sociedad.

En el aspecto personal, el padre-esposo, como jefe de familia, tomaba todas las decisiones principales sobre el contenido de la relación con su esposa e hijos.

Después de la segunda guerra mundial y con la aprobación de las Constituciones, las relaciones familiares se han convertido desde vínculos de poder a herramientas jurídicas que tienen como objetivo el de proteger a las personas, en particular a las más débiles, en un marco de igualdad entre mujer y hombre.

Este cambio se concretó durante los años 70 del siglo pasado cuando, en los países europeos, el Derecho de familia fue ajustado a los principios constitucionales.

¹⁰ PUGLIESE, Giovanni, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 96.; NÉRAUDAU, Jean-Pierre, “Ilbambinonella cultura romana”, in *Storiadell’infanzia*, bajo la dirección por BECCHI, Egle; JULIA, Dominique, vol. I, *Dall’antichità al seicento*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 30 sigs.

¹¹ WINDSCHEID, Bernhard, *Il diritto delle Pandette*, trad. ital. di Fadda e Bensa, Torino, 1930, vol. III, § 513.

¹² Tal como se define en el artículo 131 del Código Civil italiano de 1865 y en el artículo 144 del Código actual en su redacción original.

En particular, las reformas intervinieron con respecto a la posición de la mujer, eliminando la estructura jerárquica de la familia y estableciendo en su lugar la colaboración sobre todo en el cuidado de los hijos. Como sostienen algunos autores con una fórmula brillante, el Derecho de familia de nuestra época es un Derecho “paido-céntrico”¹³ que pone en el centro del sistema a la educación, la instrucción y el mantenimiento de los menores.

Sin embargo, en las décadas siguientes a las reformas de los años ‘70 se ha seguido utilizando la antigua noción de “potestad parental” (en sustitución de la potestad del padre-marido) para hablar de la relación padres-hijo.

Pero el sentido jurídico de esta expresión ha ido cambiando totalmente por cuanto la palabra “potestad” ha dejado de ser adecuada para representar la vigente realidad jurídica.

Las fuentes internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, se refieren en muchas disposiciones a la “responsabilidad “de los padres”¹⁴. En Europa ha pasado lo mismo con el Reglamento n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y con el Convenio de 1996 de La Haya del Consejo de Europa (sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la

¹³ CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, vol. I, PUF, Paris, 1980, p. 370; PALAZZO, Antonio, “*Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*”, en PALAZZO, A.; Pieretti (coord.), A., *Incontriassiani nell’attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia:ISEG, 2011, pág. 71 y sigs.

¹⁴ Sobre la responsabilidad parental en el artículo 18 de la Convención del 1989, vid. SOTO, Alfredo, *Temas estructurales de Derecho Internacional Privado*, 4a edición, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2019, p. 311 sigs.

cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños).

Este cambio ha influido sobre las legislaciones nacionales, como en el caso de Italia con la ley 219/2012, que ha sustituido la disciplina del Código Civil concerniente a la potestad¹⁵.

Desde el punto de vista sustancial, la “responsabilidad parental”, al contrario de la potestad, no es una posición de poder sino un conjunto de obligaciones de los padres(véase el “considerando” 12 y el artículo 2, n° 7, Reglamento 2201/2003;también vid. el preámbulo y otras disposiciones del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños del 25 de enero de 1996)y además de otros sujetos¹⁶ y de los poderes públicos, todos orientados a la protección de los menores.

En el ámbito de esta nueva concepción, es difícil pensar que los padres tengan un poder arbitrario de elección sobre una materia tan delicada como la salud de los hijos.

Como ha decidido la *Corte costituzionale* italiana (sentencia no. 32 del 1992)¹⁷, precisamente en un caso de cumplimiento de la obligación de vacunación, las normas constitucionales no reconocen a los padres una “libertad personal” o “un poder absoluto e incontrolado” sino “un derecho-deber que encuentra su función y su límite en el interés del niño”. Lo que

¹⁵ Sobre la reforma de la “Comisión Bianca”, vid. CIPPITANI, Roberto y STEFANELLI, Stefania, *La parificazione degli status di filiazione. Atti del Convegno di Assisi, 24-25 maggio 2013*, ISEG, Roma-Perugia-México, 2013.

¹⁶ Lo que es evidente en las elaboraciones de los estudiosos en materia como los “*Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*”, elaborados por la *Commission on European Family Law* (in ceflonline.net), que, en el artículo 3.9 establecen que “*Parental responsibilities may in whole or in part also be attributed to a person other than a parent*”.

¹⁷ La jurisprudencia de la Corte se puede consultar en el sitio www.cortecostituzionale.it

permite al juez intervenir cuando los padres, al incumplir sus obligaciones, ponen en peligro los bienes fundamentales del niño, como la salud y la educación, para que los que no cumplen sus obligaciones sean sustituidos.

Por tanto, se necesita de un criterio distinto que está en la base de la misma idea de responsabilidad parental, el interés superior del menor.

3. El interés superior del menor

El “interés superior del niño” es el concepto clave de los instrumentos internacionales, supranacionales y nacionales que se refieren a los menores y que deben ser interpretados a la luz de este interés (véase, por ejemplo, el trigésimo “considerando” del Reglamento 2201/2003).

Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁸, la obligación del Estado de respetar la vida personal y familiar tiene que ser construida alrededor de la protección del interés del niño, que se convierte en el centro del sistema jurídico (de conformidad con el artículo 24, párr. 2, de la Carta de los Derechos fundamentales).

También en el ámbito europeo, el interés del menor es un argumento central de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo¹⁹.

Como afirma el Comité de los Derechos del Niño de la ONU²⁰, el interés del menor “es un concepto dinámico que abarca

¹⁸ TJUE, sent. 27 de junio de 2006, C-540/03, Parlamento/Consejo, Rec. 2006, pág. I-5769, punto 58

¹⁹ Sobre el interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, véase en particular Tribunal EDH, sent. 6 de julio de 2010, Neulinger e Shuruk c. Suiza, párrafos 49-64.

diversos temas en constante evolución” (párr. 11). Además, se trata de un concepto “complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso” (párr. 32).

Sin embargo, no es un concepto indeterminado, pudiéndose identificar algunos contenidos útiles al discurso que se está desarrollando.

Como destaca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia, el interés superior del niño es una consideración primordial que, en caso de conflicto, tiene preferencia sobre otros, incluso los de los padres²¹.

En particular, la definición del interés del menor tiene que ser objetiva y no dejada a cualquier opinión de los adultos. A este respecto, según el Comité de los Derechos del Niño “[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”²².

Por tanto, la flexibilidad del concepto de interés superior del menor no puede “dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para

²⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

²¹ SANZ CABALLERO, Susana, “La jurisprudencia del TEDH sobre el interés superior del niño: la custodia y los derechos de visita como casos de estudio”, en SANZ CABALLERO, Susana (directora), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 31-55, espec. p. 38

²² Observación general N° 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 61

justificar políticas racistas; por ejemplo, por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia”²³.

Como afirma a este respecto el Tribunal Constitucional de España²⁴: “sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el ‘superior’ del niño”.

El interés del menor consiste especialmente en el respeto de la dignidad y de los derechos fundamentales del menor.

De hecho, se establece el derecho de los niños a “la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar” (artículo 24, párrafo 1, Carta de los Derechos Fundamentales), como también los derechos (tales como los establecidos por el Convenio sobre los Derechos de los Niños y otras fuentes), al nombre, a la nacionalidad, a la familia, a la comida, al hogar, al juego, a la educación, a la comprensión, a la tolerancia, a la paz, a la solidaridad, así como a la protección contra el abandono, la crueldad, la explotación y la discriminación.

Por lo tanto: “La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de

²³ Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 34.

²⁴ STC, sent. de 29 de mayo, 141/2000, ECLI:ES:TC:2000:141, párr. 5.

garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana”²⁵.

Sobre todo, entre los derechos fundamentales que es necesario proteger y que hay que evaluar cuando se tenga que tomar una decisión que se refiere a un menor, se debe considerar la salud²⁶.

Al igual que otros casos, la salud del menor tiene un alcance objetivo que va más allá de la decisión de los padres. Lo que se puede observar, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de rechazo de tratamientos médicos.

El Tribunal opina que la libertad de aceptar o rechazar un tratamiento médico específico, o de elegir una forma alternativa de tratamiento, es vital para los principios de autodeterminación y autonomía personal y que, por tanto, la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento de un paciente adulto mentalmente competente interferiría con su derecho a la integridad física y vulneraría los derechos protegidos en virtud del artículo 8 del Convenio²⁷.

Esta libertad encuentra un límite en los intereses de los demás, por ejemplo, cuando hay la necesidad de proteger a

²⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 5.

²⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 77.; vid. también Id., Observación general No. 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud; Id., Observación general, No. 4 (2003) sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁷ Véase TEDH, Testigos de Jehová de Moscú et al. C. Rusia, no. 302/02, párr. 136-137 y Pretty c. Reino Unido, no. 2346/02, párr. 62 y sigs., ECHR 2002-III

terceros -por ejemplo, la vacunación obligatoria durante una epidemia. Otro límite a las decisiones es la cura de los menores. De hecho, el Tribunal de Estrasburgo considera legítima una legislación que prevé la intervención del poder judicial en el caso de que la decisión de los padres ponga en peligro la vida de los hijos²⁸.

Otro caso es la vacunación. La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Vavříčka et al. c. República Checa (no. 47621/13 y otros) del 8 de abril de 2021(vid. párrafos 279 sigs.) considera a la vacunación infantil como medida clave de la política de salud pública y expresión del valor de la solidaridad social, siendo la finalidad la protección de la salud de todos los miembros de la sociedad, en particular de aquellos que son especialmente vulnerables (véase también la Resolución 1845(2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa del 25 de noviembre de 2011, párr. 8.1.2). Por eso el Tribunal afirma que los Estados tienen una “obligación positiva” de adoptar todas disposiciones apropiadas para proteger la vida y la salud de las personas²⁹, entre las cuales también se encuentra la obligación de vacunación de los niños, visto el riesgo para la salud individual y pública que supondría una posible disminución de la

²⁸ Vid. la antemencionada sentencia TEDH, Testigos de Jehová de Moscú et al. C. Rusia, no. 302/02, pár. 137

²⁹ véase L. C.B. c. el Reino Unido, 9 de junio de 1998, § 36, Reports of Judgments and Decisions 1998 III; Budayeva y otros c. Rusia, nº 15339/02 y otros 4, §§ 128-130, TEDH 2008 (extractos); Furdík c. Eslovaquia (dec.), nº 42994/05, 2 de diciembre de 2008. 42994/05, 2 de diciembre de 2008, con otras referencias; Hristozov y otros, citada anteriormente, §§ 106 y 116; İbrahim Keskin c. Turquía, nº 10491/12, § 62, 27 de marzo de 2018; y Kotilainen y otros c. Finlandia, nº 62439/12, §§ 78 y siguientes, 17 de septiembre de 2020.

tasa de vacunación si se convirtiera en un procedimiento meramente recomendado (vid. párr. 283).

4. Capacidad del menor de decidir sobre su salud.

Se ha visto que cualquier decisión sobre la salud del menor debe tomarse, por los padres o por las autoridades, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Por otro lado, como se ha mencionado, el interés del menor está encaminado a respetar su dignidad y poner en marcha sus derechos fundamentales, entre los cuales se hallan la salud y la vida.

Lo que plantea otra importante cuestión, es decir cómo el menor pueda ejercer su derecho a la salud, si sigue siendo considerado jurídicamente incapaz. En efecto, desde la perspectiva tradicional, el menor (de 18 años) de edad no tiene la capacidad de realizar actos relevantes jurídicamente como celebrar contratos u otros actos patrimoniales (vid., por ejemplo, el artículo 2 del Código civil italiano y el artículo 246 Código civil de España; con respeto a este último, vid. pero en adelante).

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, el menor no se puede considerar simplemente un adulto “imperfecto” que necesita de la asistencia de los adultos en cualquier acto jurídico.

En efecto la misma capacidad en el ámbito patrimonial se ha extendida mucho en los últimos años, más allá del tradicional ámbito de la emancipación. Algunos Códigos civiles, como el alemán, distinguen la menor edad por fases así que se reconocen capacidades negociales crecientes, aunque limitadas, a medida que

la edad aumenta³⁰. Al respecto existen muy avanzadas legislaciones como la española³¹, la francesa³², o la inglesa³³. O,

³⁰ En el derecho civil alemán, sólo los niños de hasta siete años se consideran totalmente incapaces (artículo 104 del BGB), mientras que los que tienen entre siete y dieciocho años tienen una capacidad limitada. De hecho se admite una limitada en particular para los contratos de la vida cotidiana (§ 105a *Geschäfte des täglichen Lebens*), siempre que no supongan un peligro grave para el patrimonio o la persona ("*einererheblichenGefahrfür die Personoder das Vermögen des Geschäftsunfähigen*"). Además, son válidos los contratos celebrados, incluso sin el consentimiento del progenitor o del representante legal, con dinero aportado por ellos para ser utilizado libremente o para un fin específico (§ 110 *Bewirkender Leistungsmiteigenen Mitteln*).

³¹ Especialmente avanzado es el planteamiento del Código Civil español, modificado por la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, que en su artículo 162 excluye de la representación legal de los padres los actos relativos a los derechos de la personalidad del hijo y todos los actos que éste pueda realizar directamente "de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez". Además, una persona mayor de 16 años puede realizar todos los actos de administración ordinaria relativos a su actividad profesional (art. 164, ult. coma, código civil)..

³² La ley establece una incapacidad para contratar, pero dentro de los límites previstos por la ley (artículos 1123 y 1124 del código civil). Por otro lado el artículo 389-3 del Código Civil también establece que el menor tiene capacidad para celebrar contratos, según lo establecido por la ley y, con una fórmula bastante amplia, por la costumbre. Así, desde hace varias décadas, la jurisprudencia admite la actividad contractual de los menores en relación con *los actes de la vie courante* (Civ. 1re, 3 giugno 1980, in *Gaz. Pal.* 1981, 1, 172) entre los que se encuentran la compra de bienes de modesto valor por correspondencia (TI Nîmes, 29 giugno 1982, in *Dalloz* 1983, 13, nota Pansier) y también la participación en una asociación (vid. en adelante), la estipulación de contratos por el menor artista (), la compra de material informático, etc..

³³ Vid. por ejemplo el *Sales of Goods Act* del 1979, artículo 3(2) que establece "*Where necessities are sold and delivered to a minor (...) he must pay a reasonable price for them*" donde los "necessaries" se entienden "*goods suitable to the condition in life of the minor (...) and to his actual requirements at the time of the sale and delivery*". Según la jurisprudencia, estos bienes y servicios incluyen, por ejemplo, el vestido, la alimentación, los gastos de educación, siempre que sean adecuados a las condiciones de vida y a las necesidades del niño y en condiciones razonables. Son admisibles incluso los contratos de trabajo y otros "beneficial contract". Se trata, por ejemplo, de

incluso en legislaciones más tradicionales, como la italiana, se pueden encontrar normas que permiten a los menores comprar servicios de la sociedad de información³⁴.

Sin embargo, el reconocimiento de una limitada capacidad patrimonial del menor es coherente con el respeto de los derechos constitucionales. De hecho, algunos contratos, aunque generalmente de valor modesto, constituyen la forma en que se expresan concretamente los derechos y libertades del niño. Se piensa en la posibilidad de viajar, utilizar un servicio público, asistir a un espectáculo, comprar bienes de carácter personal (ropa, comida, libros, música, juegos, vídeos).

Además, la capacidad prevista en los códigos civiles ya no se considera el único parámetro para establecer si una persona puede ejercer sus derechos. Por ejemplo, el artículo 8 del Reglamento de la Unión Europea en materia de protección de datos personales (Reglamento (UE) no. 2016/679), establece que la edad mínima para prestar el consentimiento al tratamiento de los datos personales (en el ámbito de la prestación de “servicios de

contratos para el uso de tarjetas de crédito, para un servicio médico (*Gillick v W Norfolk and Wisbech Area Health Authority* (1986); para el asesoramiento jurídico (*Helps v Clayton* (1864)); para la venta de derechos de autor (*Chaplin v Leslie Frewin (Publishers) Ltd* (1966)); por un artista para contratar a un agente (*Denmark Productions Ltd v Boscobel Productions Ltd* (1967)). Por la misma lógica, se consideró que un contrato de naturaleza puramente comercial no beneficiaba al niño (*Cowern v Nield* (1912)).

³⁴ Por ejemplo, en el DECRETO 2 de marzo de 2006, n.145, del (entonces) Ministerio de la Telecomunicaciones italiano (“*Regolamento recante la disciplina deiservizi a sovrapprezzo*”) se considera el menor como posible usuario de los servicios de comunicación electrónica, estableciendo medidas de protección, incluso el costo máximo de los servicios (vid. el artículo 14, párr. 2, del Decreto que fija el límite de precio a 2,75 euros).

la sociedad de la información”) es de 16 años, con la posibilidad de la legislación de bajarlo a los 13 años.

Sobre todo, la mayor edad no se puede considerar una condición previa para participar en relaciones jurídicas que se refieren al ejercicio los derechos fundamentales de la persona.

Se trata de derechos normalmente no patrimoniales que pertenecen a una esfera íntima de la persona y que hoy son protegidos por las normas constitucionales³⁵: como la libertad de pensamiento, de asociación³⁶, de educación, de religión³⁷.

Especialmente se reconoce la libertad de pensamiento y el derecho del niño de ser escuchado, así que la opinión del menor debe ser tenida en cuenta para todos los actos que refieren a él/ella (artículo 24, párrafo 1, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)³⁸.

³⁵ Véase SASSI, Andrea, “Derechos patrimonialmente neutros”, en ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I.; CIPPITANI, Roberto, (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, Roma-México-Perugia, 2013, pp. 213-219.

³⁶ Véase la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Humanos (FRA) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) *Handbook on European law relating to the rights of the child*, Luxemburgo, 2015, párr. 2.5 Right to freedom of assembly and association. En el derecho francés, por ejemplo, la jurisprudencia y la práctica administrativa reconocen el derecho de un niño a afiliarse a una asociación (a partir de la jurisprudencia del Tribunal de grande instance de la Seine, de 13 de febrero de 1965; véase también la sentencia de la Cour de cassation que condena a una asociación que se había negado a inscribir a un niño, Civ. 25 de junio de 2002, en Dalloz 2002, p.2539).

³⁷ Vid. artículo del 303 del Código Civil suizo y el artículo 1886 del Código Civil portugués. Véase también muchas sentencias de tribunales constitucionales, como el Tribunal Constitucional de España (STC, 141/2000, de 29 de mayo, BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000, ECLI:ES:TC:2000:141, párr. 5).

³⁸ Vid. por ejemplo el caso de Tribunal de Justicia, sent. C-491/10 PPU, Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz, ECLI:EU:C:2010:828, párr. 60 “A este respecto, en la medida en que el Reglamento nº 2201/2003 no puede

Sobre todo, el menor no solo tiene el derecho a la salud, sino también se le reconoce el derecho a decidir sobre su salud.

Hoy en día el principal instrumento para ejercer el derecho a la salud es el consentimiento informado para los tratamientos médicos, es decir una “expresión libre y voluntaria” de la voluntad de participar en una actividad que se refiere a su esfera personal, sea desde el punto de vista físico (vid. por ejemplo artículo 2, no. 21, Reglamento (UE) no. 536/2014 sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano), sea desde otros puntos de vista (como el tratamiento de los datos personales, artículo 7 del antemencionado Reglamento (UE) no. 2016/679).

La voluntad, de la cual hablan las definiciones de consentimiento, no es la prevista por los códigos civiles para concluir los contratos u otros acuerdos de tipo patrimonial, sino la capacidad de entender las consecuencias sobre la persona de una actividad, como una terapia médica o un tratamiento de datos personales. Por eso “El consentimiento informado debe considerarse dentro del contexto de los derechos de la personalidad”³⁹.

El ejercicio de estos derechos se puede limitar sólo si eso responde a criterios razonables y proporcionales para proteger a

contravenir la Carta de los Derechos Fundamentales, es preciso interpretar las disposiciones del artículo 42 de dicho Reglamento que recogen el derecho del menor a ser oído a la luz del artículo 24 de la Carta”.

³⁹ SASSI, Andrea, “Consentimiento informado a los tratamientos terapéuticos (en Europa)”, en ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I.; CIPPITANI, Roberto, (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit., pp. 70-76, espec. p. 71.

los menores con fundamento en el principio del interés superior del niño ⁴⁰.

A este respecto, no parece haber duda de que el menor tiene el derecho de ser informado y de expresar su opinión concerniente a una actividad terapéutica sobre su propio cuerpo.

La Observación no. 14 del Comité de los Derechos del Niño opina que “se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado”⁴¹. Este derecho a la información, especialmente concerniente a la salud, está reconocida por el sistema europeo de protección de los derechos humanos⁴².

En efecto, la “opinión del menor será tomada en consideración” especialmente en el ámbito biomédico, como establece claramente el artículo 6, párrafo 2, segundo apartado de la Convención de Oviedo del Consejo de Europa.

Los derechos del menor en este campo están reconocidos, por lo menos para los “grandes menores”, incluso en las legislaciones nacionales como la inglesa, por la cual el mayor de 16 años tiene el derecho a consentir el tratamiento sanitario ⁴³, o en la interpretación jurisprudencial en otros países⁴⁴.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en su Opinión Consultiva 17 sobre Condición Jurídica del Niño, OC-17, 2002.

⁴¹ Observación general n. 15 (2013) sobre el derecho del niño o al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24), párr. 31.

⁴² Véase FRA, TEDH, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, cit., párr. 2.3. Freedom of expression and information, que cita TEDH, sent. 7 de julio de 1989, Gaskin v. the United Kingdom, No. 10454/83.

⁴³ En el Derecho inglés, vid. Family Reform Act 1969, secc. 8; vid. también el caso Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority de la House of

5. Protección de los menores como sujetos vulnerables.

La necesidad de una participación proactiva del menor en una actividad que se refiere a su salud se debe acompañar de la consideración de que el niño es una persona vulnerable⁴⁵, en el sentido que necesita de una protección especial⁴⁶(vid. por ejemplo artículo 19 Convención Americana de Derechos Humanos) ⁴⁷, debido a su situación de “dependencia”⁴⁸. La dependencia es definida por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (véase su *Resolución relativa a la Dependencia*) como el estado en el cual se encuentran las personas que necesitan ayuda o asistencia

Lords, 1985. V. su W. Pintens, K. VanWinckelen, *Casebook. European Family Law*, Leuven University Press, Lovanio, 2001, case 32.

⁴⁴ En España, por ejemplo, STC, 141/2000, de 29 de mayo, BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000, ECLI:ES:TC:2000:141, párr. 5

⁴⁵ Sobre el concepto de persona vulnerable, vid. PORETTI, Paula, “Vulnerable Persons”, en BARTOLINI, Antonio; CIPPITANI, Roberto; COLCELLI, Valentina, (edición por), *Dictionary of Statutes within EU Law (The Individual Statutes as Pillar of European Union Integration)*, Springer Nature: Cham (Switzerland), 2019, pp. 621-627.

⁴⁶ La protección de las personas vulnerables es un principio ético internacional como destaca ANDORNO, Roberto, *Principles of International Bioethics: Seeking Common Ground at the Intersection of Bioethics and Human Rights*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 28 s.

⁴⁷ En doctrina definen la vulnerabilidad, por ejemplo SCHROEDER, Doris; GEFENAS, Eugenijus, “Vulnerability: too vague and too broad”, en *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 18, 2009, páginas 113-21; MACKLIN, Ruth, “Bioethics, vulnerability and protection”, en *Bioethics*, 17, no. 5-6, 2003, p. 472-86.

⁴⁸ SANZ CABALLERO, Susana, “Personas con discapacidad”, en ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I.; CIPPITANI, Roberto, (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob. cit., pp. 507-513.

para poder realizar las actividades de la vida cotidiana, faltándole la autonomía funcional.⁴⁹

El estado de dependencia deriva de razones varias “derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial” (véase el artículo 2, n. 2, de la Ley española no. 39/2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención).

En la situación de vulnerabilidad la persona está mayormente expuesta a peligros para su salud psicofísica y a la explotación de los demás⁵⁰.

Una situación que es fuente de responsabilidad para los que tienen una relación con la persona vulnerable, como el médico y el investigador⁵¹.

La vulnerabilidad significa que las intervenciones sobre una persona vulnerable son justificadas solamente si puedan constituir un beneficio. Por tanto, mientras que una intervención médica se supone que sea útil para el menor, en otros casos es necesario evaluar el beneficio. Tal es el caso de la investigación, “la propia naturaleza en investigación biomédica implica incertidumbre acerca de si un individuo se podrá o no beneficiar

⁴⁹ Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación nº R 98(9) relativa a la Dependencia. Anexo, del 18 de Septiembre de 1998.

⁵⁰ Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación No. R (99), sobre los principios concernientes la protección de los adultos incapaces. Vid. también el European Textbook on Ethics in Research, pág. 52 en que se afirma que la persona vulnerable es la “*whose particular susceptibility to harm and exploitation and inability to protect their own interests results from factors over and above those resulting from the research setting itself*”.

⁵¹ GOODIN, Robert .E., *Protecting the Vulnerable: A Re-Analysis of Our Social Responsibilities*, The University of Chicago Press, London and Chicago, 1985, p. 110.

de su participación en la misma, dado que proporcionar algún tipo de beneficio al participante no constituye el objetivo principal de la investigación”⁵². En este caso, se pueden involucrar a personas vulnerables, incluso los menores, si ellas pueden recibir un beneficio real y directo para la salud (véase el artículo 6, párrafo 1, Convenio de Oviedo; artículo 32, párr. 1, lit.g.i, Reglamento no. 536/2014); o también se admiten investigaciones que tienen como objetivo una mejor comprensión científica, que pueda ayudar a la persona afectada u otras personas en la misma categoría de edad o que padezcan la misma enfermedad (véase el artículo 15, párrafo 2, Convenio de Oviedo; artículo 32, párr. 1, lit.g.ii, Reglamento no. 536/2014).

Otro aspecto que debe considerarse en el caso de una persona vulnerable es la evaluación de su “competencia”⁵³ para recibir las informaciones relevantes y para expresar su consentimiento.

⁵² Comité Director de la Bioética del Consejo de Europa, *Guía para los Miembros de los Comités de Ética de Investigación*, enero de 2012. Sobre la participación de los menores a la investigación vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, Research Volunteer, en BARTOLINI, Antonio; CIPPITANI, Roberto; COLCELLI, Valentina, (edición por), *Dictionary of Statutes within EU Law (The Individual Statutes as Pillar of European Union Integration)*, ob.cit., pp. 497-504, espec. p. 501.

⁵³ En realidad, no hay acuerdo sobre la definición de la competencia. Entre los demás véase, BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 2009; BUCHANAN, Allen E. y BROCK, Dan W., *Deciding for Others: the ethics of surrogate decision making*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; CULVER, Charles M. y GERT, Bernard, “The inadequacy of incompetence”, en *Milbank Quarterly*, 68, 1990, pp. 619-643; DRANE, James F., “The many faces of competency”, en *Hastings Centre Report* 15, no. 2, 1985, pp. 17-21; JONAS, Monique F., “Competence to consent”, en ASHCROFT, Richard E.; DAWSON, Angus; DRAPER, Heather y McMILLAN, John R., (coord.), *Principles of Health Care Ethics*, John Wiley & Sons, Chichester, 2007, pp. 255-262.

La competencia se puede definir como la actitud “*to understand relevant information, to evaluate that information and make a reasoned decision, to decide without undue influence, and to communicate consent or refusal*”⁵⁴.

La competencia es contextual y siempre relativa, sea que se refiera al tipo de interés, que se define “*complexity-relative*”⁵⁵ (por ejemplo, una persona puede tener competencia para tomar decisiones para su salud, en cambio no puede cuidar de sus intereses patrimoniales⁵⁶); sea si la competencia se observa desde el punto de vista del tipo de riesgo que se debe enfrentar (la competencia “*risk-relative*”)⁵⁷.

Los textos que se refieren a las personas vulnerables buscan un equilibrio entre el reconocimiento de la autonomía de la persona, y, por otro lado, la eventual reducción de competencia, con la necesidad de una mayor protección.

De hecho, la protección de la persona vulnerable se debe acompañar con el respeto de la expresión de su voluntad⁵⁸, como

⁵⁴ European Textbook on Ethics in Research, pág. 55.

⁵⁵ Véase BULLER, Tom, “Competence and Risk-Relativity”, en *Bioethics* 15, no. 2, 2001, pp. 93-109; JONAS, Monique F., “Competence to consent, ob. cit..

⁵⁶ Otra concepción, llamada del “*fixed minimumthreshold*” afirma que la competencia no es relativa, si no necesita de un nivel mínimo de capacidades, sin referencia a la decisión que se debe tomar. Véase BUCHANAN, Allen E. y BROCK, Dan W., *Deciding for Others: the ethics of surrogate decision making*, ob. cit.

⁵⁷ Véase WILKS, Ian, “The debate over risk-related standards of competence”, en *Bioethics* 11, no. 5, 1997, pp. 413-26; BUCHANAN, Allen E. y BROCK, Dan W., *Deciding for Others: the ethics of surrogate decision making*, ob. cit., p. 41 y pp. 51-57.

⁵⁸ MISLAWSKI, Roger, “Dignité, autonomie, vulenrabilité: approche juridique”, en HIRSCH, Emmanuel, (coord.), *Traité de bioéthique*, vol. I, *Fondements, principes, repères*, Érès, Toulouse, 2010, p. 262 sigs., espec. pág. 279

queda claro en las fuentes jurídicas. Por ejemplo, la Convención de Oviedo establece que en el ámbito biomédico se debe tomar en consideración la opinión del menor, como se ha dicho anteriormente, que “será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez” (artículo 6, párr. 2, apartado 2)

También el artículo 32, párr. 2, del Reglamento no. 536/2014 establece “El menor participará en el procedimiento de consentimiento informado de un modo adaptado a su edad y madurez mental” y, en el párrafo 1, que él tiene que recibir la información de modo adaptado a su edad y madurez y que el investigador respete el deseo explícito de un menor, capaz de formarse una opinión, y de evaluar la información y de negarse a participar en el ensayo clínico o de retirarse en cualquier momento⁵⁹.

La referencia al grado de madurez y al criterio más objetivo de la edad está afirmado en las fuentes supranacionales (vid. artículo 24, párr. 1, Carta de los Derechos Fundamentales de la UE) y en la interpretación de los tribunales constitucionales⁶⁰.

Sin embargo, la madurez, y, por tanto, la capacidad de participar activamente a un acto que interesa la persona del menor, es un proceso dinámico y se debe establecer caso por caso.

A tal propósito es muy interesante el enfoque del Código civil y comercial de la República Argentina, así como de otras

⁵⁹ Sobre el derecho de objeción del menor, vid. ANDORNO, Roberto, *Principles of International Biolaw: Seeking Common Ground at the Intersection of Bioethics and Human Rights*, ob. cit., p. 188 sig.

⁶⁰ Vid. por ejemplo el Tribunal constitucional español en la sentencia antemencionada STC, 141/2000, párr. 5.

leyes argentinas⁶¹ en que se prevé la necesidad de tener en consideración la “autonomía progresiva” de los menores (artículo 5 Código civil y comercial) junto con el interés superior del niño o niña.

Como se afirma en la literatura, el concepto de autonomía progresiva es una aplicación de la noción empírica de competencia que ha sustituido el concepto formal y rígido de la capacidad de actuar jurídicamente⁶².

La autonomía progresiva sólo puede proteger los intereses de los menores como recuerda la OC 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer que al efecto del ejercicio de derechos se “deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida posible...”. Claramente, explica la Corte “La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años (...) y ello debe ser tenido en consideración para los fines de determinar su interés superior”⁶³.

La realización de la autonomía del menor obliga a escuchar a los niños o las niñas, tal como lo establece el artículo

⁶¹ Véase artículo 2 Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de la Salud y el artículo 2, Decreto reglamentario 1089/2012.

⁶² PAGANO, Luz M., “Comentario al artículo 24”, en HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo, y PICASSO, Sebastián (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero Artículos 1 a 400*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 62 s.

⁶³ Corte IDH, OC 17/2002, pto. 101.

12 Código civil y comercial argentino⁶⁴ y por otras fuentes mencionadas.

La autonomía progresiva, como se ha dicho anteriormente, debería tener en consideración incluso el interés y el riesgo.

Por eso, correctamente, el Código argentino prevé en su artículo 26 que “Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física” y que “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

En el caso de tratamientos invasivos, es decir los que pueden comprometer el estado de salud del menor o poner en riesgo la integridad o la vida, el adolescente entre trece y dieciséis años tiene derecho a prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores.

En otros sistemas jurídicos no hay una definición así precisa sobre los adolescentes que pueden decidir solos, y los que pueden decidir con el soporte de los adultos, como normalmente sucede en el Derecho europeo⁶⁵. Pero el parámetro propuesto por el Código civil y comercial argentino parece razonable, incluso a la luz de otras fuentes jurídicas antes mencionadas.

⁶⁴ Véase la Observación General 12/2009 del Comité sobre los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser oído

⁶⁵ PETRAŠEVIĆ, Tunja, “Child and Adolescent”, en en BARTOLINI, Antonio; CIPPITANI, Roberto; COLCELLI, Valentina, (edición por), *Dictionary of Statutes within EU Law (The Individual Statutes as Pillar of European Union Integration)*, ob.cit., pp. 71-78.

Si hubiera un conflicto entre adolescente y progenitores, hay que tener en cuenta el interés superior del adolescente, sobre la base de su opinión.

En este caso, la intervención de los poderes públicos, y especialmente, del poder judicial, se debe graduar con relación a la situación específica y a los intereses, como, por ejemplo, ha afirmado el Tribunal constitucional español⁶⁶:

“En primer lugar, [hay que considerar] el hecho de que el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular (...). 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 [que] (...) “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, FJ 8). 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”.

6. El menor como punto de equilibrio entre el ejercicio del derecho a la salud y la autonomía.

Con base en el discurso que se ha ido desarrollando en los párrafos anteriores se pueden sacar algunas conclusiones.

Las vacunaciones se consideran una medida importante para proteger la salud colectiva, así como la individual, especialmente la de los niños.

⁶⁶ STC, sentencia no. 154/2002, de 18 de julio (BOE núm. 188, de 7 de agosto de 2002, ECLI:ES:TC:2002:154, párr. 10.

La protección de la salud, en particular a través de la vacunación, es una materia que los padres no pueden decidir de manera totalmente arbitraria, sino en el interés superior del menor.

Lo que es coherente con la actual concepción de la “responsabilidad parental” que no es ni una relación de poder, ni tampoco una libertad personal, sino un conjunto de situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico reconoce para proteger al menor y permitirle el desarrollo de su personalidad.

El superior interés del menor a la salud tiene por tanto una dimensión objetiva, que debe tener en cuenta también el respeto de la dignidad del niño y de sus derechos fundamentales. Al contrario del enfoque normativo tradicional, que limita la capacidad de actuar en el ámbito patrimonial, el poder del menor de ejercer sus derechos humanos.

En particular, él o ella tienen que participar de manera proactiva en la protección de la salud, en particular a través de la información adecuada y, sobre todo, expresando su opinión.

Siendo el menor un sujeto que merece protección, la participación en los tratamientos sanitarios debe ser justificada por su beneficio, que, en el caso de la vacunación, especialmente contra el Covid-19, es indudable. Hay que añadir que para los jóvenes la vacunación es un tratamiento poco invasivo y con un riesgo muy contenido, lo que no justificaría una intervención de los poderes públicos o de los padres.

Además, hay que tener en cuenta el grado de madurez del niño, y en el caso de los adolescentes se puede considerar suficiente para dar su consentimiento.

En todo caso, la decisión del menor de vacunarse debe ser respetada sea cual sea. Con base en los principios antes

mencionados, no es jurídicamente legítimo que un adulto, incluso uno o ambos padres, pueda impedir al menor vacunarse.

Por otro lado, se debe respetar la opinión contraria del menor que no quiere vacunarse, con consecuencias proporcionales a la necesidad de luchar contra la pandemia⁶⁷, y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor como la educación.

Sin embargo, la voluntad del menor debe ser verificada por los sanitarios que, por lo menos en el caso de los adolescentes, pueden vacunar directamente al menor sin necesidad de escuchar a los padres. En el caso de menores de poco más de 12 años, el menor tiene que ser acompañado y asistido por un adulto. En caso de contraste, se tendría que involucrar a otros profesionales, como psicólogos o mediadores familiares, o en casos más graves, señalar la cuestión a los servicios sociales o la autoridad judicial.

Para confirmar la razonabilidad jurídica de este enfoque, se pueden citar los dictámenes de organismos como el *Comitato Nazionale di Bioetica* italiano que recientemente, el 29 de julio de 2021, ha adoptado una opinión específica sobre el tema “Adolescentes y Vacunas”⁶⁸.

En su opinión, el Comité, después haber destacado la importancia para la salud de la vacunación del menor, afirma la necesidad de escuchar al adolescente y valorar su derecho a expresar la elección con relación a su capacidad de discernimiento.

⁶⁷ Vid. el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, espec. el artículo 11.

⁶⁸ <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/vaccini-e-adolescenti/>.

Si el deseo del adolescente de ser vacunado entra en conflicto con el de sus padres, el Comité considera que el adolescente debe ser escuchado por personal médico con experiencia pediátrica y que sus deseos deben prevalecer, ya que coinciden con el interés superior de su salud psicofísica y de la salud pública.

En el caso de un adolescente que rechaza la vacunación ante el consentimiento de sus padres, el Comité considera importante y deseable que se le informe de que la vacunación es en interés de su propia salud, de la salud de sus allegados y de la salud pública.

Sin embargo, en el documento del Comité de bioética italiano, al no considerar correcto desde el punto de vista ético prever la obligación de vacunarse, no obstante, se destaca la importancia de poner en marcha un proceso de información y sensibilización no solo de los menores, sino también de los adultos que constituyen el contexto educativo y cultural de los jóvenes, especialmente los padres y los profesores.

Por lo menos esta tragedia de la pandemia tiene un aspecto positivo: adolescentes y adultos, padres e hijos, estamos todos aprendiendo, más que en los momentos normales, el valor de la colaboración intergeneracional y del importante rol como protagonistas que los jóvenes desempeñan en la sociedad.