

TRATAMIENTO JURÍDICO DE UNA ENFERMEDAD
SOCIAL. LOS TRASTORNOS DE LA CONDUCTA
ALIMENTARIA (TCA)

*LEGAL TREATMENT OF A SOCIAL ILLNESS. EATING DISORDERS
(ED)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 44-85



Dra. Purificación
CREMADES
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El aumento imparable de personas afectadas por un Trastorno de la Conducta Alimentaria (TCA), hace necesario articular medidas desde otros puntos de vista al estrictamente sanitario. La enfermedad se ha convertido en un fenómeno social y cultural. La exaltación del culto al cuerpo, con el estereotipo de la extrema delgadez asociada a belleza y éxito, está provocando que especialmente los jóvenes, traten de conseguir una imagen que, en muchos casos, puede llegar a dañar su salud, por lo que es preciso que se produzca una reordenación de los valores. De este modo, la lucha contra esta enfermedad social requiere también de medidas de carácter legal, que impidan que la misma siga avanzando.

PALABRAS CLAVE: Anorexia; bulimia; protección de la salud; TCA.

ABSTRACT: *The boundless increase of people suffering from an Eating Disorder (ED), makes necessary to develop measures related to other factors, in order to overcome the ones characterized of being strictly sanitary. The disease has become a social and cultural phenomenon. The exaltation of the cult to the body, with the stereotype of the extreme thinness linked with beauty and success is causing that, particularly young people, try to achieve an image which, in many cases, can jeopardize their health, that is the reason why the rearrangement of values has become an objective of paramount importance. Therefore, the fight against this social illness requires legal actions in order to prevent it from going any further.*

KEY WORDS: *Anorexia, bulimia, health protection, ED.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DERECHO DE LA PERSONALIDAD.- I. Identificación.- 2. Autodeterminación del paciente. - A) Derecho a la vida e integridad personal vs. autodeterminación.- B) Prestación de consentimiento en menores y adolescentes.- III. PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS CONSUMIDORES Y LAS PRÁCTICAS MERCANTILES.- I. Medios de comunicación.- 2. Libertad de información, comunicación y protección de los menores y adolescentes.- 3. La publicidad.- 4. La regulación de las tallas.- IV. DE LEGE FERENDA A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 12 de diciembre se aprobó por la comisión de derechos de la Infancia y Adolescencia del Congreso de los Diputados, la Proposición no de Ley sobre la detección temprana de los trastornos de alimentación en los menores de edad¹. El contenido de la misma gira en torno a la realización de protocolos de actuación, con perspectiva de género, para detección de trastornos de actuación en las aulas, así como la promoción de campañas de prevención, sensibilización y concienciación social, promoviendo estudios sobre la incidencia, prevalencia y evolución de los trastornos de la conducta alimentaria (en adelante TCA) en España, haciendo una mención expresa a la vigilancia de las páginas web que promueven los trastornos de la alimentación en la infancia, adolescencia y juventud, y llevando a cabo las actuaciones judiciales para clausurarlas, cuando proceda.

Con anterioridad, en febrero del pasado año², se presenta por parte del diputado Sr. Fernández Díaz, preguntas al Gobierno en relación con el conocimiento y vigilancia de páginas en redes sociales que promueven la anorexia nerviosa (AN) y bulimia nerviosa (BN) y medidas al respecto.

La última Comisión del Congreso de los Diputados de la X legislatura ya había acordado por unanimidad de todos los grupos parlamentarios, instar al Gobierno a profundizar en el estudio de la protección de los menores en Internet frente a la difusión de sitios web que fomenten trastornos de la conducta alimentaria de los jóvenes³. Se trata de combatir foros, aparentemente impulsados por otros menores con una clara apología de la anorexia, la bulimia o las conductas suicidas.

1 BOCG 29-12-2017, pp. 37-39.

2 BOCG 6-3-2017.

3 DSCD 20-10-2015.

• **Dra. Purificación Cremades García**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. Universidad Miguel Hernández de Elche, p.cremades@umh.es

Las páginas pro-anorexia (pro-ANA) y pro-bulimia (pro-MIA) defienden esta aberrante actitud como un estilo de vida, aconsejando a los usuarios a infringirse diversos grados de dolor con el objetivo de “quemar calorías” y “reforzar el autocontrol”. Incluso llegan a intercambiar nombres de fármacos diuréticos, laxantes y otro tipo de productos, o fomentan el empleo de cocaína para disminuir y controlar el apetito, anfetaminas, tabaco, alcohol o éxtasis.

Las causas que provocan la anorexia nerviosa no están del todo claras, pero la comunidad médica reconoce como factores que pueden desatar, promover y/o reforzar, los ambientales y del entorno: la presión social, los medios de comunicación, la moda, los nuevos cánones de belleza, el éxito, etc. constituirían sin duda elementos a tener en cuenta⁴.

Según un informe elaborado por la *Agència de Qualitat d'Internet (IQUA)* y la *Associació contra l'Anorèxia i la Bulimia (ACAB)*, sobre la proliferación de contenidos de apología a la anorexia y la bulimia en la red (2010), Internet se ha convertido en un espacio de creciente promoción de contenidos que defienden la anorexia y la bulimia en la red como estilo de vida. Desde el año 2006, el crecimiento de sitios web fue de un 470%, un índice que supera incluso al de Facebook⁵.

Pero la proliferación de blogs con contenidos nocivos en este sentido y su intento de combatirlos, no es más que la consecuencia evidente del avance de las nuevas tecnologías y su utilización por los jóvenes. En realidad, el problema es de más alto calado, puesto que estamos ante trastornos de la conducta alimentaria (TCA), enfermedades que requieren de un tratamiento legal específico en aras a su responsabilidad y prevención.

Hace más de diecinueve años y como culminación de diversas iniciativas parlamentarias relativas a los trastornos de la alimentación, el Pleno del Senado, durante el transcurso de la sesión celebrada el día 23 de marzo de 1999, instó a la Comisión de Educación y Cultura a crear una Ponencia en su seno, destinada a estudiar los condicionantes extrasanitarios que concurren en el incremento de la incidencia de la anorexia y de la bulimia y a proponer las medidas políticas y legislativas oportunas. El Informe de la Ponencia encargada de dicho estudio, se aprobó por la Comisión de Educación y Cultura del Senado, en su sesión celebrada el día 25 de noviembre de 1999⁶.

4 Son factores que señala el estudio “La prevención de la anorexia y la bulimia en internet: Primera Atención Personalizada”, de PROTÉGELES para el Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid (fecha de consulta 1 julio 2018). El documento se encuentra disponible en <http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=18&subs=226&cod=2206&page=>

5 Acceder al informe en http://www.f-ima.org/fitxer/403/resumen_informe_anorexia_y_bulimia_en_internet.pdf (fecha de consulta 1 julio 2018).

6 BOCG-Senado 30-II-1999.

La justificación de dicha iniciativa venía dada por la importancia creciente de esta enfermedad, que ha dejado de afectar a casos aislados, para convertirse en un fenómeno social y cultural, que es necesario encarar desde puntos distintos al estrictamente sanitario, buscando sus múltiples causas e intentando abordar soluciones que forzosamente se encontrarán en muy diversos ámbitos: medios de comunicación, deportes, ocio adolescente, moda, entre otros. Fueron alrededor de ochenta comparecientes como especialistas en medicina y psicología, asociaciones de afectados, modelos profesionales, diseñadores y directores de pasarelas, responsables de revistas femeninas y prensa diaria, gimnastas rítmicas, agencias de publicidad, presentadoras de televisión y radio y publicaciones especializadas en salud, empresas confeccionistas, fabricantes de juguetes, concursos de belleza, profesores, especialistas en filosofía y ética, asociaciones de padres de alumnos, los que tuvieron la oportunidad de exponer sus conocimientos y opiniones ante la Ponencia, llegando la misma a una serie de conclusiones y recomendaciones en orden a combatir esta dura enfermedad que afecta a menores y adolescentes.

Entre las conclusiones a las que llegó el Informe, resulta digno de destacar, por ser el fundamental motivo, el hecho de que se haya producido un desplazamiento de algunos valores sociales existentes, por otros establecidos por la cultura de masas y el consumismo. Es la cultura del éxito, al que se debe aspirar a cualquier precio. Existe una exaltación del culto al cuerpo, creando el estereotipo de la extrema delgadez, asociada a belleza y éxito, y en el caso de la mujer la negación de lo femenino, dando origen a una imagen de mujer andrógina. La juventud ha pasado a ser una etapa de la vida a un valor al que se le rinde culto. Lo joven se ha divinizado. La floreciente y poderosa industria de la belleza, la moda, los cosméticos, las dietas, la cirugía estética, los gimnasios, incluso algunos juguetes, ejercen una enorme influencia al definir, legitimar y propagar, a través de los medios de comunicación, un modelo corporal de belleza, que glorifica la eterna apariencia de juventud.

El Informe también resalta los inconvenientes de la publicidad, que, pese a que lo único que debe pretender, es informar al público de un determinado mensaje comercial, abusa de forma reiterada e inadecuada, por ser la suya una comunicación interesada, de la figura de estereotipo de mujer como reclamo publicitario. Además, algunos creadores de moda utilizan maniqués con un peso claramente inferior a los límites saludables, de acuerdo con el patrón andrógino anteriormente aludido. Determinadas firmas comerciales proporcionan prendas de vestir, que de alguna manera crean confusión en las tallas. En cualquier caso, se produce un gran desconcierto en la juventud, sobre la que se ejerce una fuerte presión para adelgazar.

El art. 43 de la CE, reconoce en su apartado primero el derecho a la protección de la salud, siendo el apartado segundo el que atribuye a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública, no sólo con las prestaciones y servicios requeridos, sino con las medidas preventivas necesarias. Y en el tercer punto se llama también a los poderes públicos a que mantengan una posición activa fomentando la educación sanitaria, la educación física y el deporte, facilitando la adecuada utilización del ocio. Queda por lo tanto patente que los poderes públicos deben promocionar un estilo de vida saludable.

El pasado 16 de mayo de 2017, la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales del Congreso de los Diputados acordó aprobar con modificaciones la Proposición no de Ley relativa a la Educación para la Salud, presentada por el Grupo Parlamentario Popular⁷. En la misma se insta al Gobierno para seguir impulsando la Educación para la Salud desde el ámbito sanitario, para proporcionar información adecuada sobre conductas o factores de riesgo y sobre estilos de vida saludables, y en el ámbito educativo se insta a promover programas específicos de Educación para la Salud en colaboración con las Comunidades Autónomas y los representantes de la comunidad educativa. Sería deseable que dentro de esta Educación para la Salud se incluyesen líneas de prevención para los Trastornos de Conducta Alimentaria (TCA), no quedándose sólo en la prevención de la obesidad⁸, pues si bien es cierto que los riesgos para la salud son importantes con respecto al sobrepeso, no se debe permitir que los mensajes que lleguen, fundamentalmente a los jóvenes, sean en el sentido de que delgadez es sinónimo de salud.

Y es que efectivamente, siempre que se produce una promoción de vida saludable, se aborda desde la perspectiva de combatir la obesidad, y rara vez se menciona de una manera explícita los riesgos de la delgadez⁹. Sin embargo, la vida saludable, y especialmente en menores y adolescentes, necesariamente debe incluir la prevención y control de los TCA. Muestra de ello es la Orden ECD/72475/2015, de 19 de noviembre, que crea el distintivo de calidad de centros docentes Sello Vida Saludable. Entre las finalidades que puede pretender el centro docente, para la consecución del referido sello, se encuentra en el art. 2.1 f) la referencia a la especial atención a la anorexia y bulimia¹⁰.

7 BOCG 7-6-2017, p. 30 y ss.

8 Para la defensa de la Proposición no de Ley, la representante del Grupo parlamentario proponente comienza su intervención exponiendo los datos de la OMS respecto al sobrepeso y obesidad entre menores, *vid.* BOCG 24-5-2017, p.6.

9 Guía del Instituto de la Mujer. Salud XVI. Anorexia y bulimia, pp. 11 y 12 (fecha consulta 1 julio 2018). Ejemplo de ello se puede ver en la implementación de la Estrategia de Promoción de la Salud y Prevención en el Sistema Nacional de Salud (fecha de consulta 1 julio 2018), en el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 18 de diciembre de 2013, se acuerda la promoción de alimentación saludable, con una web que facilita consejos, pero en modo expreso nada sobre AN y BN, sí en cambio recoge el riesgo de consumo de alcohol o prevención del tabaquismo.

10 La Resolución del 14 de diciembre de 2017 de la Secretaria de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades establece el procedimiento para el distintivo de calidad Sello Vida Saludable. El documento se encuentra disponible en <http://www.estilosdevidasaludable.msccbs.gob.es/>

En países de nuestro entorno, las medidas legales se están adoptando. En Francia el pasado 5 de mayo se publicaron sendas disposiciones legales: *Dècret n° 2017-738 du 4 mai 2017 relatif aux photographies a usage comercial de mannequins dont l'apparence corporelle a été modifiée*, por el que se obliga a incluir "fotografía retocada" en aquellas fotografías comerciales en las que la apariencia física de las modelos haya sido modificada, para refinar o engrosar su silueta. Y *Arrête du 4 mai 2017 relatif au certificat medical permettant l'exercice de l'activité de mannequin*, por la que las modelos tienen que presentar un certificado médico para justificar que no están demasiado delgadas. En Italia fue presentada el 29 julio 2010 el *Disegno di Legge n° 2311 Introduzione dell'articolo 580-bis del codice penale, concernente il reato di istigazione al ricorso a pratiche alimentari idonee a provocare l'anoressia o la bulimia, nonché disposizione in materia di prevenzione e di cura di tali patologie e degli altri disturbi del comportamento alimentare*, en el que además de pretender introducir en el Código Penal el delito de instigación de prácticas alimentarias que puedan provocar anorexia o bulimia, reconocía como enfermedad social, la anorexia, la bulimia y otras patologías con disturbios graves del comportamiento alimenticio. Más reciente es la *Proposta di legge n° 2944 Introduzione dell'articolo 34-bis della legge 23 dicembre 1978, n° 833, in materia di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per la cura di gravi disturbi del comportamento alimentare* presentada el 10 de marzo de 2015. Se trata de establecer el tratamiento sanitario obligatorio de los pacientes que, debido a sus patologías clínicas, rechazan tratamiento alguno.

II. DERECHO DE LA PERSONALIDAD

I. Identificación

Pese a que nuestro Código civil le dedica su Libro I a las personas, lo que se ha venido a denominar Derechos de la personalidad, carecen de regulación alguna en el mismo. Tradicionalmente y como efecto protector de la persona, se ha discurrido más hacia un mundo exterior, de ahí que la persona fuera considerada por el Derecho civil como sujeto titular de derechos subjetivos o como sujeto de la relación jurídica, más que en sí misma considerada. Hay que esperar al primer tercio del siglo pasado para entender que resulta más importante lo que la persona es en sí misma, que lo que la persona tiene. En definitiva es más importante ser que tener¹¹.

Cierto es que el avance imparable de las nuevas tecnologías, la genética, la investigación científica, hayan podido provocar en los últimos tiempos, la necesidad de abordar desde otras perspectivas el estudio de la persona, o mejor de su protección. Se trata no tanto de crear una teoría diferente de los derechos de la

11 BUSTOS PUECHE, J.E.: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 16.

personalidad, como de contemplar las amenazas que estos avances tecnológicos puedan suponer para la persona. Sin embargo, su dignidad sigue siendo el eje central del reconocimiento como tal.

La personalidad es un concepto jurídico que el ordenamiento no atribuye, más bien se limita a reconocer por el hecho del nacimiento¹², según nos recuerdan los artículos 29 y 30 del CC.

Hay que tener en cuenta que se han venido a considerar como derechos esenciales, innatos, inherentes a la persona y por tanto personalísimos, con eficacia *erga omnes*, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles. Son bienes de la personalidad la vida o integridad física, con carácter o naturaleza corporal o física, mientras que con naturaleza moral o incorporea serían el honor, la intimidad y la imagen. Si acudimos a la CE, el art. 15 recoge el derecho a la vida e integridad física, mientras que el art. 18 lo hace con el honor, la intimidad y la propia imagen. Es por ello que se ha llegado a plantear la diferencia entre los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales.

Tal dicotomía se cuestionaba inicialmente con el origen de la protección; la perspectiva civil intentaría proteger de forma privatista la personalidad, mientras que en el ámbito constitucional, la protección se desencadena desde la vertiente pública¹³.

La posibilidad de acudir al recurso de amparo ante el TC, como las propias sentencias y decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o nuestro Tribunal Supremo, se refieren a derechos de la personalidad como sinónimos de los derechos fundamentales, o resuelven como en el caso del TC conflictos entre particulares sobre el ejercicio de derechos fundamentales, lo que es equiparable a derechos de la personalidad. Y es que los derechos de la personalidad se encuentran incluidos dentro del más amplio concepto de derechos fundamentales¹⁴. Todos los derechos de la personalidad son fundamentales, pero no todos los derechos fundamentales constituyen derechos de la personalidad¹⁵.

12 LÓPEZ LACOISTE, J.J.: "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", *Anuario de Derecho Civil*, 1986, vol. 39, nº 4, p. 1068.

13 CASTÁN afirmaba que, considerados los derechos individuales en las Declaraciones de las Constituciones políticas y textos análogos, como derechos frente al Poder, tenían y tienen el grave inconveniente de conducir a una antítesis, no justificada ni deseable, entre el Estado y el individuo, "Los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, jul-agosto, p. 13.

14 BARTOLOMÉ TUTOR, A.: *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 86 y 87.

15 BUSTOS PUECHE, J. E.: *Manual sobre*, cit., p. 39, si bien este autor fija dos notas distintivas y específicas de los derechos de la personalidad, en primer lugar, guardar con la persona máxima vinculación o intimidad y resultar esencial para el proyecto vital en que la existencia consiste. Y, en segundo lugar, se trata de derechos subjetivos de naturaleza privada, que son eficaces y han de respetarse tanto por el Poder Público como por los particulares.

La evolución por lo tanto sería en primer lugar los derechos humanos, después los derechos fundamentales y finalmente los derechos de la personalidad. Los primeros encuadrados en el contexto de la Filosofía del Derecho o Derecho Internacional, los Derechos Constitucionales en el marco del Derecho Constitucional y los Derechos de la Personalidad en el ámbito del Derecho Privado¹⁶.

También se ha venido a considerar a los derechos de la personalidad como derechos subjetivos, tratamiento doctrinalmente controvertido. Sin embargo, lejos de intentar determinar la verdadera naturaleza jurídica, que no es pretensión de este trabajo, nos interesa resaltar no sólo su dimensión pública sino también su encuadre dentro del Derecho privado. Los derechos fundamentales no sólo vinculan a los poderes públicos, sino que también pueden reclamarse entre particulares. La protección que se desencadena a través de estos derechos hace que se configure como límite de lo decidible no sólo en las relaciones del ciudadano con el Estado, sino con una clara eficacia horizontal, en las relaciones entre particulares¹⁷.

El art. 15 de la CE reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral de la persona. El derecho a la vida es el más importante de todos los derechos de la personalidad, puesto que su objeto es la realidad ontológica del ser humano, previa al reconocimiento de cualquier derecho sobre sus bienes o atributos¹⁸. Aunque la determinación del objeto y la delimitación del contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral es paralela a la doctrina del derecho a la vida, según la doctrina jurisprudencial, sin embargo, el derecho fundamental a la integridad física y moral posee una faceta adicional fundamental en el ámbito médico-asistencial. Y es que el contenido de ambos derechos tiene una naturaleza eminentemente defensiva o reaccional, ahora bien, y siempre con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la integridad física y moral, tendría una doble dimensión, puesto que protegería a su titular frente a ataques dirigidos contra su cuerpo tanto física como psíquicamente y por otro lado proscibiría toda intervención que careciese de su consentimiento¹⁹.

Por tanto la autonomía del paciente, el derecho a decidir sobre su propia salud es la que cumplimenta parte del contenido del derecho fundamental a la integridad

16 BARTOLOMÉ TUTOR, A.: *Los derechos*, cit., p. 86. ROGEL VIDE, C.: "Origen y actualidad de los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 149, n° 1, enero-marzo 2002, p. 124.

17 VIVAS TESÓN, I.: "La horizontalidad de los derechos fundamentales", en AA.VV.: *Bienes de la personalidad, XIII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil*, Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008, p. 209.

18 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Derecho Civil I (Derecho de la persona)* (coord. por J. R. de Verda y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p.58.

19 ARRUEGO, G.: "La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 82, enero-abril 2008, p. 61.

física y moral, quedando en un plano diferente en su regulación constitucional el derecho a la salud²⁰. Efectivamente el art. 43.I de la CE reconoce el derecho a la protección de la salud, dentro de los principios rectores de la política social y económica, lo que puede parecer como una confluencia de derechos. Por un lado, la protección del art. 15 de la CE con el derecho a la vida y a la integridad física y moral en su vertiente defensiva de ataques a su cuerpo tanto físicos como psíquicos, provocando una evidente falta de salud, y por otro lado el derecho que conlleva una acción protectora de la salud individual del art. 43 de la CE.

De esa conexión entre el derecho a la integridad personal y el derecho a la salud, se puede hacer difícil en muchos supuestos diferenciar cuando estamos en presencia de uno u otro, sin embargo, la salud abarca no sólo la incolumidad personal, sino también la ausencia de patologías y un cierto grado de bienestar social, de calidad de vida, que varía según el tiempo y el lugar en el que se encuentra el titular del derecho²¹.

Y ciertamente esto tiene que ser así puesto que resulta acorde con la dirección seguida en los puntos segundo y tercero del art. 43 de la CE, al atribuir a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública, no sólo con las prestaciones y servicios requeridos, sino con las medidas preventivas necesarias, y al involucrar también a los poderes públicos a que mantengan una posición activa fomentando la educación sanitaria, la educación física y el deporte, facilitando la adecuada utilización del ocio. Queda por lo tanto patente que los poderes públicos deben promocionar un estilo de vida saludable.

El entorno social proclive al culto al cuerpo no deja de ser un atentado contra la integridad física y moral, provocando un estado de enfermedad, de ausencia de salud, pero en modo alguno se puede considerar que sea el único motivo que desencadena la enfermedad o los TCA²². Bien es cierto que se puede poner en riesgo la integridad personal incluso la propia vida, fundamentalmente entre menores y adolescentes, pero el problema está más próximo a considerarse una cuestión de Salud Pública y por lo tanto de una adecuada actuación de los poderes públicos como garantes de esa pretendida calidad de vida o bienestar social.

20 Se ha llegado a hablar de bienes corporales o psíquicos secundarios como la salud física o psíquica, aunque reconociéndose la falta de independencia de los mismos, puesto que se apoyan o están en relación directa con los bienes esenciales y principales de la vida y la integridad corporal, ROGEL VIDE, C.: "Origen y actualidad", cit., p. 115.

21 LEÓN ALONSO, M.: *La protección constitucional de la salud*, La Ley, Madrid, 2010, p. 170.

22 En la (fecha de consulta 1 julio 2018) las considera patologías de etiología multifactorial donde intervienen factores genéticos, biológicos, de personalidad, familiares y socioculturales. Si bien también se reconoce en el propio informe que los factores socioculturales que pueden generarlas, así como sus graves secuelas físicas, sociales y psicológicas han causado y causan una importante alarma social, Grupo de Trabajo de la Guía de Práctica Clínica sobre Trastornos de la Conducta Alimentaria. Madrid: Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad y Consumo. *Agència d'Avaluació de Tecnologia i Recerca Mèdiques de Catalunya*; 2009. Guías de Práctica Clínica en SNS: AATRM Núm. 2006/05-0, p. 33 y p. 7 respectivamente.

Realmente donde se produce un conflicto es en los dos planos que componen la integridad física y moral, cuando se produce una falta de consentimiento hacia un tratamiento para la salud. Y en el caso de los TCA, no deja de ser un conflicto específico, puesto que debemos distinguir, como veremos a continuación, el grado de intensidad en el que se encuentra la enfermedad, pudiendo alcanzarse incluso el riesgo a la propia vida.

En cualquier caso, nos tenemos que mover en el ámbito del art. 43 de la CE y reclamar a los poderes públicos que actúen en el ámbito de la prevención, con medias, legales o no, que se dirijan a conseguir el bienestar social, lo que conlleva necesariamente la ausencia de patologías.

2. Autodeterminación del paciente

A) Derecho a la vida e integridad personal vs. autodeterminación

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su Exposición de Motivos, establece que a pesar de que la regulación del derecho a la protección de la salud, recogido en el artículo 43 de la CE y los derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en relación con su salud, ha sido objeto de una regulación básica en el ámbito del Estado, a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, sin embargo, con dicha Ley se manifiesta la voluntad de humanización de los servicios sanitarios, manteniendo el máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual, de un lado, y de otro, declara que la organización sanitaria debe permitir garantizar la salud como derecho inalienable de la población mediante la estructura del Sistema Nacional de Salud.

Hay que tener en cuenta que la referida Ley de autonomía del paciente adapta para todo el territorio nacional los postulados del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, hecho en Oviedo, en la Asamblea del Consejo de Europa de 4 de abril de 1997²³.

Resulta significativo que mientras que la Ley de autonomía del paciente habla del derecho a la salud del art. 43 de la CE, justificando su concreta regulación como primer principio general citado, la dignidad de la persona, para pasar después a mencionar la autonomía de la voluntad y la intimidad, el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, cuyo nombre extenso es Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, resalta en primer lugar y en su artículo

23 Ratificado por España el 23/07/1999. Publicado en el BOE n° 251, 20/10/1999.

I, incluso en su propio título, la dignidad humana, para a continuación mencionar el respeto a la integridad y demás derechos y libertades fundamentales. Y en el artículo 2 refuerza la consideración de la primacía del ser humano, puesto que el interés y el bienestar del ser humano, deben prevalecer por supuesto frente al interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia²⁴.

El art. 2.4 de la Ley de autonomía del paciente, le reconoce al mismo la posibilidad de negarse al tratamiento y sólo cabe la restricción de dicha elección, para el caso de que exista riesgo para la salud pública o bien que exista un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente²⁵. De esta forma y para el caso de concurrencia de TCA, debe existir un riesgo inminente y grave para su integridad.

“Para recibir un tratamiento médico es preciso emitir un consentimiento después de conocer la información relativa al tratamiento, en virtud del artículo 10 del Código de Ética y de los artículos 4, 8 y 9 de la Ley 41/2002. Jurídicamente el consentimiento informado es un acto personalísimo, intransferible e indelegable. No se trata de un acto jurídico formal y por ello no se regula por el código civil. Así pues, el consentimiento informado y personal del paciente es un derecho que siempre debe respetarse salvo en las excepciones expresamente previstas en las leyes. Una de las excepciones es la falta de capacidad del paciente. La ley española permite al facultativo hacer las intervenciones clínicas indispensables aún sin consentimiento del afectado (artículo 9.2 Ley 41/2002) cuando exista un riesgo

24 El art. 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente establece como principios básicos: 1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica. 2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. 4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. 6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente. El Convenio relativo a los Derechos Humanos y Biomedicina, en su art. 1, como objeto y finalidad establece que las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Mientras que su art. 2, como primacía del ser humano afirma que el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.

25 En concreto el artículo 9 se refiere a los límites del consentimiento informado en los siguientes términos: “1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención. 2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

inmediato grave para su integridad física o psíquica, previa consulta a sus familiares o personas vinculadas al enfermo”²⁶.

Se hace preciso en este sentido determinar el margen de libertad que posee la persona para decidir sobre su propia salud. Por un lado la voluntariedad del tratamiento está condicionado a que la persona reúna las condiciones necesarias, tanto física como mentalmente para prestar su consentimiento, y por otro la idea de vida digna supone salvar la vida y no alargar dolorosamente una vida sin futuro a través de un tratamiento que no ofrezca un resultado que compense el sufrimiento que causa²⁷.

La primera cuestión estriba por lo tanto en valorar la capacidad de la persona para adaptar la decisión de no someterse a tratamiento alguno, sin que la misma resulte viciada. En pacientes de TCA es habitual que se niegue la propia enfermedad y que mantengan intactas sus facultades de discernimiento, enmascarando de esta forma que muchas o la mayoría de decisiones que adoptan, giran en torno precisamente a la dolencia padecida.

En realidad, lo que ocurre es que el tratamiento médico, incluso el internamiento, llega cuando las condiciones físicas del paciente se encuentran en parámetros tales de poner en riesgo no sólo su integridad física sino su propia vida. Pero la afectación de su psique es lo habría que tener en cuenta. Si en realidad son capaces de tomar una decisión, en este caso la negativa a seguir un tratamiento, con plena conciencia de las consecuencias que pueda acarrear.

Habría que diferenciar la “capacidad mental” de la “salud mental”, siendo la primera la capacidad de tomar una decisión autónoma, mientras que la segunda se refiere a las patologías y las alteraciones de nuestra mente humana²⁸.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 14 marzo 2006²⁹ revoca la negativa de un Juzgado de Badalona a internar forzosamente a una mujer que padecía anorexia, habiéndose instado el referido internamiento por parte de su

26 Guía de Práctica Clínica sobre trastornos de la conducta alimentaria, capítulo 12, apartado I, en contestación a la cuestión ¿Cuál es el procedimiento a seguir ante la negativa de una persona afectada de TCA a recibir un tratamiento?, cit., p. 195.

27 MIRALLES GONZÁLEZ, I.: “La anorexia y el internamiento de los enfermos en centros hospitalarios: límites y controles”, *Revista de Catalunya*, n° 3, 1999, pp. 718 y 719.

28 MOSCATI, F.M., DE MARCO, S., MANDARELLI, G., FERRACUTI, S., FRATI, P., y en este sentido consideran que la AN se encuentra en una situación de particularidad absoluta; por un lado no es un trastorno verdaderamente delirante y la única terapia rechazada es la comida, pero por otro se asocia con una mayor mortalidad entre los trastornos psiquiátricos. Que la AN es una enfermedad mental no cabe ninguna duda, pero, sin embargo, podrían llegarse a plantear dudas de carácter clínico, ético y legal, por cuanto que el reconocimiento de la misma, pueda llegar a suponer, que el enfermo sea incapaz de decidir si acepta el tratamiento o no, “Il consenso informato e il trattamento dei disturbi della condotta alimentare”, *Rivista Italiana di Medicina legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2013, n° 3, pp. 1273, 1274 y 1283.

29 AAP Barcelona 14 marzo 2006 (AC 2006, 274).

familia, entendiendo que hay una falta de conciencia en la paciente, negando la enfermedad³⁰.

Por lo que respecta al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico recogido en el art. 763 LEC, requiere de autorización judicial que deberá ser previa a dicho internamiento, salvo que por razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este último caso, deberá comunicarse al Tribunal en el plazo de veinticuatro horas, ratificándose en el plazo de setenta y dos horas.

El paciente puede negarse a recibir tratamiento salvo para el caso de que exista un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del paciente³¹. La dificultad se encuentra en el caso de los TCA, en determinar cuándo existe ese riesgo inminente y grave para su integridad física o psíquica.

“Las personas con AN deberían ser tratadas en el nivel asistencial adecuado según criterios clínicos: ambulatorio, hospital de día (hospitalización parcial) y hospital general o psiquiátrico (hospitalización completa)”³². Desde luego, cuando

-
- 30 Resaltamos los detalles fácticos tenidos en cuenta puesto que describen a la perfección la imposibilidad de la paciente por manifestar de una manera consciente y libre a no someterse a tratamiento alguno: “En este sentido, en la documental aportada en la instancia del Servicio de Psiquiatría del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau se diagnostica una anorexia nerviosa, haciendo referencia a un gesto autolítico, y demás que resulta de la documentación aportada. Y, en informe de urgencias del Hospital de Bellvitge, de fecha posterior, es de observar que como tratamiento recomendado se dice «agilizar el ingreso involuntario vía judicial» para adelantar en lo posible el tratamiento. Y, en prueba practicada en esta alzada, en nuevo reconocimiento médico forense, se indica en el informe que Encarna de 20 años de edad realizó durante la postadolescencia un proceso de anorexia, que precisó de tratamiento psiquiátrico; ha consumido tóxicos, fundamentalmente cocaína; varios intentos de autolisis; inestabilidad emocional; no se tiene por enferma. Y, en conjunto apunta un trastorno de personalidad de cierta severidad: anorexia mental, intentos de autolisis, desadaptación, anosognosia [incapacidad de un sujeto para reconocer una enfermedad o defecto (orgánico o funcional) que padece él mismo], concluyendo el médico forense que «precisa de tutelaje en cuanto a necesidad de tratamiento psiquiátrico ya que no tiene conciencia de problema en este campo, y existe riesgo en este sentido, existiendo también puntuales consumos de tóxicos severos y episodios depresivos» (folio 22 del Rollo de apelación). En definitiva, entendemos que de los informes de sendos Hospitales, y del concluyente informe médico forense practicado en esta alzada, concurren los requisitos previstos y señalados en el fundamento de derecho anterior, en la existencia de una enfermedad psíquica real, sin conciencia de la enfermedad por parte de Encarna que impide su tratamiento, precisando el internamiento no voluntario; medida adoptada por este Tribunal en el interés y beneficio de Encarna, que si bien puede ahora no comprender, tras el necesario tratamiento y rehabilitación, en su mejora, podrá entender, apreciar y valorar la correcta lucha de su familia para su curación y bienestar”.
- 31 El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997) establece que cuando debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada”(art. 8), incidiendo por lo tanto más que en la gravedad, en la propia urgencia de la situación.
- 32 Recomendación 1ª del p. 8 de Actuaciones en los diferentes niveles de atención en los TCA, de la Guía de Práctica Clínica sobre Trastornos de la Conducta Alimentaria, cit., p. 88.

concurra riesgo inminente y grave para su integridad física o psíquica, procederá la hospitalización urgente³³, y eso ocurrirá cuando la sintomatología sea evidente³⁴.

Sin embargo, la dificultad estriba fundamentalmente en un adecuado diagnóstico de la enfermedad, lo que resulta en muchas ocasiones complicado ante profesionales de la salud sin experiencia especializada de los TCA y la defensa de lo que es considerado en estos tiempos como "vida sana", es decir, ejercicio físico, determinada alimentación, delgadez, etc.

Bien es cierto que ese estilo de vida forma parte del respeto a la integridad de la persona y que su propia autonomía personal le permite negarse a un posible tratamiento³⁵. En el conflicto entre dignidad y salud, la balanza se decantará irremediabilmente hacia su autonomía personal, haciendo que el tratamiento adecuado no llegue hasta que la enfermedad no haya avanzado considerablemente.

Por muy loable que sea la finalidad perseguida, no se puede imponer a un individuo, un comportamiento saludable, o tratamientos o intervenciones médicas que preserven su salud³⁶. Si la negativa a seguir un tratamiento reúne todas las condiciones de ser legítimamente considerada, no hay posibilidad de ignorarla³⁷.

Resulta por lo tanto respetable y a la vez contradictorio, que una persona abandone un tratamiento, o en el caso de los TCA siga con una dieta alimentaria perjudicial para el mismo, y con ejercicio físico inadecuado para su estado físico, o incluso se someta a cirugía estética para enmascarar su aspecto real. La libertad de la elección para la persona, sustrato de su propia dignidad hace que esto sea así, y sólo para el caso de que exista un riesgo inmediato grave para su integridad física o psíquica, su voluntad quebrará en pro del derecho a la salud.

Si ya los denominados límites al consentimiento informado, suponen una excepción a la regla general de que la intervención en el cuerpo o en la psique

33 Recomendación 2ª del p. 8 de Actuaciones en los diferentes niveles de atención en los TCA, de la Guía de Práctica Clínica sobre Trastornos de la Conducta Alimentaria establece que "la mayoría de personas con BN pueden tratarse a nivel ambulatorio. La hospitalización completa está indicada ante el riesgo de suicidio, las autolesiones y las complicaciones físicas graves", *idem*.

34 Los criterios de derivación de la AP a la hospitalización urgente (servicio de urgencias de hospital general) para recibir tratamiento médico urgente son los siguientes: 1) Pérdida de peso >50% en los últimos 6 meses (30% en los últimos 3 meses). 2) Alteraciones de la consciencia. 3) Convulsiones. 4) Deshidratación. 5) Alteraciones hepáticas o renales severas. 6) Pancreatitis. 7) Disminución de potasio <3 mEq/l o sodio (<130 o > 145). 8) Arritmia grave o trastorno de la conducción. 9) Bradicardia de <40 bpm. 10) Otros trastornos ECG. 11) Síncopes o hipotensión con TAS <70 mm Hg. 12) HDA: hematesis, rectorragias. 13) dilatación gástrica aguda, según la Guía de Práctica Clínica sobre Trastornos de la conducta Alimentaria, *ibidem*, p. 84.

35 Piénsese en un tratamiento ambulatorio, por ejemplo.

36 CANOSA USERA, R.: *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 219, poniendo como ejemplo el autor, el abandono de las drogas.

37 A menos que se imponga de forma legal un tratamiento médico obligatorio, *vid. Rossi, S.*: "TSO e anoressia: nota su un disegno di legge controverso", *Rivista di BioDiritto*, 2015, 3, p. 130, y es que en Italia la *Proposta di Legge n° 2944* pretende introducir el tratamiento sanitario obligatorio para la curación de graves disturbios del comportamiento alimentario.

del individuo ha de contar con su consentimiento, por cuanto que resultan una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física y moral³⁸, para el caso de que no concurra riesgo inmediato grave, la dificultad de un tratamiento coercitivo, resulta insuperable.

No podemos olvidar en este sentido los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que resolvía a favor del tratamiento médico forzado, alimentación intravenosa, de reclusos en huelga de hambre, considerando que el derecho a la vida, tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte; en modo alguno se trata de 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 un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador que no puede reducir el contenido esencial del derecho³⁹. Si bien la procedencia de la asistencia médica obligatoria a reclusos en huelga de hambre en base a la obligación de la Administración de velar por la vida y salud de los internos sometidos a sus custodia, parece ser la fundamentación última, sin embargo, el argumento central para dotar de cobertura constitucional a la asistencia sanitaria coactiva es la preservación de la vida humana como bien jurídico constitucionalmente protegido y valor superior del ordenamiento jurídico-constitucional del art. 15.1 de la CE⁴⁰.

Por tanto, concurrirían tres elementos a la injerencia médica, ante la negativa de someterse al tratamiento por parte del paciente. En primer lugar, la gravedad, pues existe un riesgo de que la vida o la integridad sufran un importante menoscabo. En segundo lugar, la urgencia, pues el riesgo supone una intervención médica perentoria, y en tercer lugar, la imposibilidad de que el paciente manifieste su voluntad con relación a la intervención sanitaria que precisa⁴¹. Situación esta última que debe incluir necesariamente la negativa del paciente a recibir tratamiento cuando tenga alterado su juicio, y por tanto no puede manifestar su voluntad de forma libre y voluntaria. En este caso y según se contempla en el propio art. 9.2 de la ley del paciente, consultando si es posible a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Estas últimas no le representan, no se requiere de su consentimiento, sólo se les consulta de forma que pueden también negarse al tratamiento sin mayores consecuencias aparentemente para la intervención médica. La urgencia de la situación posibilita la toma de decisión médica, de lo

38 ARRUEGO, G.: "La naturaleza constitucional", cit., pie de página 50, p. 81.

39 Fundamentalmente la STC 27 junio 1990 (RTC 1990, 120) a la que le siguieron otras como la STC 19 julio 1990 (RTC 1990, 137), STC 17 enero 1991 (RTC 1991, 11).

40 ARRUEGO, G.: "La naturaleza constitucional", cit., p. 72. ARRUEGO, G.: "Sobre el marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida en el ordenamiento jurídico español", *DS: Derecho y Salud*, vol. 15, nº 1, 2007, p. 132.

41 ARRUEGO, G. "La naturaleza constitucional", cit., p. 80, ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: "El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español", *InDret*, mayo 2009, p. 23.

contrario se requerirá el consentimiento de su representante legal, y en caso de no tenerlo, el consentimiento lo prestarán, las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (art. 9.3 a). Hay una clara diferencia entre la consulta en el primer caso y prestación del consentimiento cuando no exista riesgo inmediato y grave.

Resulta por ello esencial conocer la capacidad del paciente para adoptar la decisión del rechazo al tratamiento, de manera libre y consciente, pues si ésta se tiene, a pesar de existir un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del mismo, la referida decisión como manifestación de su propia libertad y por tanto autodeterminación, impedirán cualquier actuación sanitaria contraria.

Los pacientes con AN y BN se hallan convencidos de estar perfectamente y de que llevan un estilo de vida saludable, que al mismo tiempo les permite ser considerados bellos y delgados, pero tanto su aspecto externo como su voluntad están enfermos⁴². Y si su situación es crítica, por lo que respecta a urgente y arriesgada, su libertad, su autonomía como paciente cederá ante la previsión legal de intervención médica. Si por el contrario el riesgo no es inminente, pero, aun así, según criterio médico, se considera que su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de su situación, siempre podrá su representante legal o si no lo tiene, las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, prestar dicho consentimiento al tratamiento previsto⁴³.

No existiendo riesgo y urgencia para su integridad, ni consentimiento por parte de familiares para el seguimiento del tratamiento previsto en ausencia de inminente peligro para su salud, no le quedará al facultativo más que asegurar la exención de su responsabilidad ante las consecuencias indeseables que puede conllevar la situación.

B) Prestación de consentimiento en menores y adolescentes

De acuerdo con el art. 162.1º del CC, los padres no ostentan la representación legal de sus hijos respecto a los derechos de la personalidad siempre que según su grado de madurez, puedan los hijos ejercitarlos por sí mismos. La intervención de los padres en estos casos se hará en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

Esta redacción dada gracias a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, difiere de la anterior redacción por cuanto que en la misma se aludía a los derechos de la personalidad u otros

42 MARTINEZ-ZAPORTA ARÉCHAGA, E., FERNÁNDEZ-DELGADO MOMPALER, R.: "Aspectos bio-jurídicos de los trastornos de la conducta alimentaria: pasado, presente y futuro", *DS: Derecho y Salud*, vol. 21, nº extra 1, 2011 (Ejemplar dedicado al XIX Congreso "Derecho y Salud"), p. 48.

43 Cuestión distinta será si entre los familiares legitimados a prestar el consentimiento existen discrepancias.

que el hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo, sin referencia alguna a la posibilidad de intervención de los responsables parentales por sus deberes de cuidado y asistencia. Se supera de esta manera las múltiples interpretaciones que la doctrina había dado a la frase "u otros", de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez⁴⁴, añadiendo una intervención, que no consentimiento, de los responsables parentales, en base a los ineludibles deberes de cuidado y asistencia.

Determinar el alcance de dicha intervención, resultará sin duda crucial, no sólo en orden a una posible exención de la responsabilidad de los representantes legales, sino por cuanto no deja de ser una excepción al carácter personalísimo de los derechos de la personalidad. Se trata de derecho, recordemos, intransferibles, irrenunciables y donde sólo su titular puede ejercerlos, en este caso el menor con madurez suficiente.

Por tanto, la "madurez" del menor y el avance en cuanto al reconocimiento legal del mismo en adoptar decisiones, van a marcar la toma en consideración de la intervención de los representantes parentales.

El art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil proclama el derecho a ser oído y escuchado el menor, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación. Concretamente en el apartado segundo se garantiza que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de persona que designe para que lo represente, valorando la madurez por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor, como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto, y entendiendo que se tiene suficiente madurez en todo caso con doce años cumplidos.

Según el artículo 9.3 c) de la Ley de autonomía del paciente, 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. El representante legal dará su consentimiento previa audiencia del menor, conforme a lo dispuesto en el art. 9 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Es decir, que resulta condición para que el menor pueda prestar su consentimiento, que intelectual o emocionalmente pueda comprender el alcance de la intervención.

En cualquier caso, los menores emancipados o mayores de 16 años, no necesitan el consentimiento parental (art. 4). Ahora bien, cuando se trate de una

44 BARTOLOMÉ TUTOR, A.: *Los derechos*, cit., pp. 35 y ss.

actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor; según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, eso sí, teniendo en cuenta la opinión del mismo.

Con anterioridad a la reforma, el art. 9.3 c) *in fine* de la Ley 41/2002 establecía que en caso de actuación de grave riesgo para la salud, los padres serían informados y su opinión sería tenida en cuenta para la toma de decisiones correspondiente. Este deber de información atendía al deber de velar por los hijos y el interés legítimo de los padres en proteger los bienes jurídicos de la personalidad de los hijos menores⁴⁵.

El motivo por el que se ha pasado de la mera información a los padres, en cuanto a la intervención médica con grave riesgo para la salud del menor, a la imperiosa necesidad de requerirse el consentimiento de los mismos, atiende sin duda a facilitar el ejercicio de las obligaciones de los padres y tutores.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, extendió la capacidad de otorgar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo, a las menores de 16 y 17 años. Sin embargo, tras la promulgación de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, se suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, requiriéndose el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad. Que las menores de 16 y 17 años se encuentren acompañadas de sus padres, dice la Exposición de Motivos de la Ley "es fundamental para situaciones de vital importancia e impacto futuro, como es la interrupción voluntaria del embarazo. No se trata únicamente de la protección de la menor, sino que su cuidado comprende el núcleo esencial de todas esas figuras jurídicas, y así lo fija el Código Civil, tanto en el artículo 154, estableciendo que entre los deberes y facultades del ejercicio de la patria potestad, está el de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral», como en el art. 269, que dispone que «el tutor está obligado a velar por el tutelado», y, en particular, «a educar al menor y procurarle una formación integral». Sigue diciendo la Exposición de Motivos que de seguir con el régimen legal de la Ley Orgánica 2/2010, es decir, consentimiento prestado como si fueran mayores de

45 DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los Derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 313 y cita expresamente los ejemplos de anorexia, pertenencia a una secta que impide las transfusiones de sangre..., puesto que entiende la autora que el menor, pese a tener la edad antedicha, por su propia enfermedad o circunstancias personales, no tiene autogobierno.

edad, con la sola información a uno de los representantes legales (art. 13. Cuarto) impediría a los progenitores y tutores cumplir con sus obligaciones⁴⁶.

En el caso de los menores, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, permitía que la prestase el menor y no sus representantes legales, cuando aquél tuviera dieciséis años cumplidos o estuviera emancipado; aunque en esos dos casos, los padres tenían derecho a ser informados cuando la actuación fuera de grave riesgo y su opinión se tenía en cuenta para tomar la correspondiente decisión. En el resto de los supuestos, es decir, cuando el paciente menor de edad no era capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, tenía que ser el representante legal quien daba el consentimiento, aunque debía oírse la opinión del menor con doce años cumplidos (art. 9.3 c). En la actualidad, este extremo ha sido reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, considerando que aunque los menores emancipados o mayores de dieciséis años, han de consentir ellos mismos la intervención, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, será el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo, quien prestará ese consentimiento.

El motivo para sustituir el mero carácter informador en la intervención de los progenitores⁴⁷, por la cierta representación de los mismos en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo de su hija, viene por la necesidad de que los padres puedan cumplir las facultades y obligaciones atribuidas. Se trata de desempeñar las mismas, de velar por la menor y de procurarle una formación integral. Por lo tanto, en el mismo sentido podemos entender el cambio que

46 Efectivamente la repercusión social del conflicto surgido con el consentimiento de la menor en la interrupción voluntaria del embarazo resulta innegable. Antes de la reforma introducida por la Ley 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, la menor podía actuar sin sus representantes legales según la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. A las menores con dieciséis y diecisiete años lo único que se exigía es que uno de los representantes legales, padre o madre, o de los tutores de estas menores, fuera informado de la decisión (art. 13, apartado cuarto, segundo inciso). Sin embargo, no existía obligación de informar, cuando la menor fundamentase que esa información le provocaba un conflicto grave manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produjese una situación de desarraigo o desamparo. En el caso de mujeres de menos de dieciséis años, el consentimiento expreso y por escrito para la interrupción del embarazo lo prestaban sus representantes legales, de conformidad con la Ley de autonomía del paciente. No obstante, podía prescindirse de ese consentimiento en caso de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la mujer e imposibilidad de conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitiesen, a sus familiares o personas vinculadas de hecho a ella. Pero la mencionada Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, ha suprimido íntegramente el apartado 4 del art. 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, de modo que las menores de edad ya no pueden interrumpir voluntariamente la gestación con el mismo régimen jurídico que las mayores de edad. Y en este sentido también se ha modificado el art. 9, apartado 5, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

47 Bastaba con que uno de ellos fuera informado.

se ha producido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente por lo que respecta al consentimiento del menor emancipado y mayor de 16 años, cuando se trata de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor.

De la información de los padres⁴⁸ y de la toma en consideración de la misma por parte de los facultativos, se ha pasado a la plena sustitución en la prestación del consentimiento. El avance responde sin duda a posibilitar el ejercicio de las atribuciones paternas.

Debemos por lo tanto distinguir dos situaciones en los menores de edad, aunque en realidad serían cuatro, a saber: 1) paciente menor de 16 años que no es capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención; en este caso necesita la intervención de su representante legal, 2) paciente menor de 16 años que sí es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención; en este caso no se requiere el consentimiento por representación, por lo tanto puede darlo el mismo, 3) menores emancipados y mayores de 16 años que sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, tampoco aquí cabe el consentimiento por representación, pudiéndolo otorgar el menor directamente, 4) menores emancipados o mayores de 16 años, cuando se trate de una intervención de grave riesgo, en ese caso también se necesita el consentimiento del representante legal. Obsérvese que se trata de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, mientras que cuando se trata de mayores de edad, no se requiere su consentimiento cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo.

En el caso de los TCA, la gravedad o el riesgo para la vida o salud del menor, marcarán la intervención de sus representantes legales, de tal forma que funcionará de la misma manera que para los mayores de edad.

Tanto la segunda como la tercera situación señalada vienen a ser fiel reflejo de lo prescrito en el Código civil, es decir, la autonomía del menor para los actos relativos al derecho de la personalidad, que el hijo de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo, pero siempre salvando la actuación de los responsables parentales respecto a sus deberes de cuidado y asistencia.

Los TCA en conjunto representan la tercera enfermedad crónica más común entre la población de pacientes adolescentes. El retraso en la identificación de los afectados de TCA conduce a una mayor morbilidad debido al retraso en el tratamiento y, por tanto, a un peor pronóstico. De ahí la importancia de identificar

48 Aquí sí se refería a padres en plural.

cuanto antes el trastorno⁴⁹. La adolescencia es la población con una mayor incidencia de los TCA, sin embargo, nos encontramos con una etapa de la vida en la que la autonomía de la persona, en este caso del menor, va cobrando mayor protagonismo.

En las situaciones 2 y 3 descritas anteriormente, es decir menor de 16 años con capacidad intelectual y emocional de comprender, pueden negarse a seguir unas pautas en su comportamiento, destinadas a evitar precisamente la enfermedad. Y lo podrían hacer porque cuentan con la madurez suficiente para decidir sobre un estilo de vida, o su propia imagen corporal.

Así la práctica de un deporte⁵⁰ con una autoexigencia desmedida, puede llevar la recomendación adecuada de suspensión temporal de su práctica, entrenamiento más ligero, etc., sin que el menor acepte su seguimiento⁵¹, esgrimiendo en este sentido, el autogobierno de su propio cuerpo, su derecho a la integridad física y psíquica, y en último término un derecho de la personalidad integrado en la dignidad humana.

Sólo cuando existe grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, pueden ser sometidos de forma coercitiva al correspondiente tratamiento, con suplencia de su consentimiento por el de sus representantes legales.

El alcance de dicha intervención, más que la madurez del menor, va a resultar más oportuno a nuestro estudio. Y ello es así porque además de ser determinada de forma objetiva la referida madurez en el ámbito sanitario, por la edad, cuando su determinación lo es de manera subjetiva, en menores de 16 años, sin duda para dicho menor primará la imagen que en el ámbito social él mismo desea alcanzar, en una etapa de su vida, la adolescencia, de innovación, de experimentación y de búsqueda de identidad.

Desde un punto de vista sanitario-legal, parece que dependerá de la calificación que el facultativo consultado vaya a dar a la situación, de forma que si el mismo considera de riesgo grave para la vida o salud del menor, el consentimiento de los padres para el tratamiento será esencial, mientras que si la sintomatología descrita no es apreciada por el médico como signo evidente de una futura dolencia más grave, entonces la voluntad del menor primará sobre la de sus padres⁵².

49 Guía de Práctica Clínica sobre Trastornos de la Conducta Alimentaria, cit., p. 63.

50 La Guía de Práctica Clínica se refiere como deporte de riesgo de padecer TCA, el atletismo, la danza, natación sincronizada. Recomendación D 6.1, *ibidem*, p. 70.

51 "Al entrevistar a un paciente con sospecha de TCA, especialmente si la sospecha es AN, es importante tener en cuenta, la falta de conciencia de enfermedad, la tendencia a la negación de trastorno y la escasa motivación de cambio, siendo esto más acusado cuanto más corta es la evolución del trastorno" Recomendación 6.8 de la guía de práctica, *idem*.

52 La actualización aprobada en mayo de 2016 de la declaración sobre asistencia médica al menor maduro en situaciones de rechazo al tratamiento de la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica

Sin embargo, el art. 162.1 del CC y con motivo de la nueva redacción a propósito de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, introduce la posibilidad de intervención de los responsables parentales, en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. De esta forma, los derechos de la personalidad los puede ejercitar el hijo de acuerdo con su madurez, como hasta ahora se le reconocía, pero dicho ejercicio viene matizado con la participación parental y ello es así precisamente por sus deberes de cuidado y asistencia.

Ya veíamos antes como la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, justificaba la supresión de que las menores de edad pudieran prestar el consentimiento por sí solas, requiriéndose ahora el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad, con el fin de que los padres pudieran cumplir las facultades y obligaciones atribuidas o derivadas de la referida patria potestad.

Pero en el caso del art. 162 del CC, se trata más bien de intervención de los padres, y no de sustitución a la prestación del consentimiento como en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo. Hay por tanto que determinar el alcance de dicha intervención, puesto que es una consideración a la regla general del ejercicio propio de los derechos de la personalidad por el menor con madurez suficiente. Y es que dicha regla general se sigue manteniendo, como antes de la reforma, a saber, la capacidad de obrar del menor maduro, en los actos de su personalidad, para en un segundo párrafo añadir una "intervención" de los responsables parentales, legitimados por sus deberes de cuidado y asistencia. Ahora bien, en estos deberes de cuidado y asistencia, la responsabilidad parental se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental según el artículo 154 del CC.

Colegial de España (fecha de consulta 1 julio 2018) establece que "Menores entre 12 y 16 años: Tras la valoración del grado de madurez del menor realizada por el médico responsable de la asistencia, pueden plantearse los siguientes supuestos en función de las características del cuadro clínico y el consentimiento de menores y/o representantes legales: a, el médico considera que el menor es maduro para tomar decisiones: a.1 ante actos médicos de bajo riesgo y habituales, es suficiente el consentimiento del menor, si bien los padres y/o representantes legales deben ser informados, a.2 cuando en la patología del menor y el tratamiento requerido se aprecia gravedad o riesgo significativo importante, se debe consultar también a los representantes legales y solicitar el oportuno consentimiento...3. Menores entre 16 y 18 años: 3.a, ante actuaciones asistenciales ordinarias, cuando se trate de menores mayores de 16 años o emancipados, salvo que se encuentren incapacitados judicialmente o que no sean capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, no cabe prestar el consentimiento por representación. 3.b, no obstante, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal el menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo: Dicho consentimiento por representación, se adoptará atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente y con respeto a su dignidad personal", pp. 5 a 7. El documento se encuentra disponible en <http://www.comtf.es/index.php/el-colegio/comision-deontologica/item/1962-asistencia-m%C3%A9dica-al-menor-maduro-en-situaciones-de-rechazo-del-tratamiento#.W8r8fNczbcu>

Parece que se haya dado un paso atrás, puesto que estaríamos ahora, tras la reforma, en un proceso en que se deja actuar al menor, pero si se equivoca, se le enmienda o corrige, para que no se perjudique. Recabar el auxilio de la autoridad judicial, podría ser la forma de realizarse la intervención⁵³, sin embargo la dificultad de acudir a esta vía, hará probablemente que sólo se planteen aquellas cuestiones respecto a los derechos de la personalidad de los menores, en donde haya diversidad de opiniones entre los progenitores, o bien donde la integridad física, se pueda ver seriamente dañada, y en este último supuesto ya estaríamos ante una situación de grave riesgo para la vida o salud del menor.

Si entendemos que ese poder de corrección, encuadrado dentro de los deberes de cuidado y asistencia paternos, supone la excepción, es decir, la intervención de los progenitores en ámbitos de los derechos de la personalidad en los que el menor maduro puede disponer, habrá que llenar de contenido la referida facultad de corrección, de manera que pueda ser efectiva.

La cuestión es que un adolescente puede adoptar decisiones que afecten a su futuro desarrollo personal, pero resultará complicado encontrar un pronunciamiento judicial al respecto, si no es que la disposición del derecho de la personalidad, tiene un reflejo considerable de carácter patrimonial. Y en este sentido la STS 5 febrero 2013⁵⁴ al afirmar que "... el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la Ley y que sirva al interés superior del menor; no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por el mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico ...", para después seguir diciendo: "Como tampoco resulta descartable, en estos casos, la aplicación analógica de las limitaciones impuestas por el art. 166 del CC y, en consecuencia, la necesaria autorización judicial como presupuesto previo de la validez de dichos contratos. Así, y en el sentido de la tutela patrimonial que inspira este precepto, resulta congruente con la finalidad perseguida requerir la autorización judicial para aquellos actos que realizados, bajo la representación de los padres, vinculen obligacionalmente al menor con una responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento realmente significativa, nada menos que tres millones de euros, máxime cuando dicho precepto, en su párrafo segundo, prevé, con similar filosofía, el recabo de la autorización judicial para la repudiación de herencias, legados y donaciones efectuadas en favor del menor".

53 En este sentido RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS que la entiende como un nuevo tipo de capacidad de obrar, la del menor maduro, siendo ésta revisable o vigilada, con la posibilidad de adopción de medidas de carácter correctivo o paliativo, "La capacidad de obrar de los menores", en AA.VV., *Tratado del Menor*, (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 172.

54 STS 5 febrero 2013 (RJ 2013, 928).

Si bien es cierto que el pronunciamiento judicial es anterior a la reforma que establece el art. 162 del CC de cuidado y asistencia paternas, pero ello no impide que se le reconozca al menor una independencia para la toma de decisiones que afecten al libre desarrollo de la personalidad, para después requerir la autorización judicial dadas las consecuencias patrimoniales derivadas de los contratos suscritos.

De esta forma, si el menor decide iniciar una carrera profesional o deportiva, puesto que afecta a su desarrollo personal, no cabe en este sentido la representación de los progenitores. Ahora bien, si las exigencias en el desarrollo de esa pretendida carrera profesional o deportiva, pueden suponer para el menor un riesgo de llegar a padecer un TCA, ¿cuál sería la opción de los padres para intervenir, dadas sus funciones de cuidado y asistencia? La judicialización de la cuestión, resulta asegurada.

La detección precoz de la enfermedad justificaría sin duda, la decisión de impedir cualquier actuación del menor; que, aunque suponga aparentemente el desarrollo de su personalidad y el respeto a la autodeterminación del mismo en este ámbito, va o puede ir en contra de su propio interés. En este sentido, las campañas de prevención dirigidas a educadores, sanitarios y a los mismos padres, puesto que éstos en ocasiones son los últimos en reconocer el problema, resultan fundamentales.

III. PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS CONSUMIDORES Y LAS PRÁCTICAS MERCANTILES

I. Medios de comunicación

Es evidente que en el ámbito jurídico el problema se desarrolla en el contexto de los derechos de la personalidad, pero dada la incidencia tan grande que en la edad adolescente tiene la dicotomía: autodeterminación de su propia imagen *versus* derecho a la salud, va a suponer además que la integridad de la persona y el desarrollo de la misma, libren una batalla, cuyo único vencedor no participa en la contienda.

Efectivamente intereses particulares mercantiles se encuentran detrás de intentar proyectar una imagen ideal de la persona, que requiere del establecimiento de unos límites, de tal forma que el libre desarrollo de la personalidad se pueda llevar a cabo con el máximo respeto a la dignidad humana.

Se hace por ello necesario identificar el derecho objeto de protección, tal y como hasta el momento hemos ido realizando en nuestro estudio, para a continuación intentar trazar las líneas de protección y la oportunidad de introducir

los mecanismos legales adecuados, cuyo efecto sancionador pueda servir de elemento disuasorio en las prácticas comerciales.

El efecto más inmediato que se produce en el contexto social imperante es el riesgo para la salud. El art. 8 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece como primer derecho básico de los consumidores y usuarios la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.

“No se puede obviar el papel que juega el valor que los estereotipos dominantes en nuestra sociedad asignan a la belleza y el atractivo físico y su relación con el éxito social, especialmente en lo que se refiere a las mujeres, a lo que contribuye la visión que en muchas ocasiones se ofrece de la imagen de la mujer en algunos medios de comunicación o en la publicidad. Por otra parte, la mercadotecnia agresiva sobre la cirugía estética o la tendencia a magnificar las expectativas y banalizar los riesgos de este tipo de cirugía, junto con la mayor influenciabilidad de las personas adolescentes y su especial sensibilidad psicológica acerca de la valoración de su aspecto físico, hacen a estas personas especialmente vulnerables ante una oferta cada vez más accesible de la cirugía estética”⁵⁵.

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 establece en su art. 17: “Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes: a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29...”.

No cabe duda, por lo tanto, del importante papel que desarrollan los medios de comunicación en cualquier aspecto de la vida del menor, y en concreto del bienestar social, espiritual y moral, de salud física y mental. De ahí probablemente que en la Convención se les sitúe en un plano activo, alentando los Estados Partes a los mismos medios de comunicación, a que difundan información y materiales de interés social.

Las medidas legales adecuadas se van a desarrollar en dos ámbitos concretos, en primer lugar en relación con los medios de comunicación y en particular

55 Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía.

respecto a la publicidad, y en segundo lugar según todo lo relacionado con el mercado de la moda⁵⁶.

2. Libertad de información, comunicación y protección de los menores y adolescentes

Indudablemente los medios de comunicación ejercen una clara influencia en los trastornos alimentarios. Los cánones de belleza marcados, son percibidos por niños y adolescente a través de los medios audiovisuales o prensa escrita, incluso en ocasiones con mensajes dirigidos especialmente como público a ellos mismos.

La publicidad resulta un factor determinante en este binomio entre medios de comunicación y trastornos de la conducta alimentaria. Sin embargo, más allá de la publicidad, están los propios contenidos, que sin ningún control al respecto, pueden resultar igualmente lesivos para la salud de los menores y adolescentes, para su desarrollo físico y emocional, y en último término, afectar a su integridad personal⁵⁷.

El art. 20 de la CE, al referirse a la libertad de información, recoge como límite expreso a la misma en el apartado cuarto, la protección de la juventud y la infancia⁵⁸. Sin duda esa es una manera de atender al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 de la CE, en este caso, de menores y jóvenes. Se trata de evitar injerencias externas que puedan lastrar su normal desenvolvimiento⁵⁹. Hay que cuidar no sólo del derecho a la información de los menores en sentido positivo, es decir que puedan recibir información para su formación, sino también que no reciban aquella que pueda resultar perjudicial para su desarrollo personal.

56 El artículo 10 de la Ley Argentina 26.396 de Prevención y Control de trastornos alimentarios, publicada en el Boletín Oficial de 3 de septiembre de 2008 establece: "La autoridad de aplicación deberá tomar medidas a fin de que los anuncios publicitarios y que los diseñadores de moda, no utilicen la extrema delgadez como símbolo de salud y/o belleza, y ofrezcan una imagen más plural de los jóvenes, en particular de las mujeres".

57 "La valoración de la imagen corporal que hacen los medios de comunicación, y en especial la Televisión a través de sus múltiples formatos (información, ficción, publicidad, entretenimiento, debates...) tiene trascendencia e influencia en la percepción y valoración social de la imagen corporal de los telespectadores. Nuestra sociedad ha desarrollado una especial sensibilidad hacia el cuerpo, estableciendo a veces una falsa correlación entre apariencia física, salud y éxito social... La premisa que el cuerpo es «infinitamente moldeable» es la creencia básica promovida por la industria de la estética y la alimentación para crear la falsa expectativa al consumidor que uno tiene el cuerpo que quiere y que si quiere cambiarlo debe consumir sus productos. La forma del cuerpo de cada persona está determinada en gran parte por la genética junto con los hábitos de vida". Decálogo de buenas prácticas sobre el fomento de la autoestima y la imagen corporal en los medios de comunicación (fecha de consulta 1 julio 2018) editado por el Colegio Oficial de Periodistas de Cataluña, academiav y Fundación IMA (Fundación Imagen y Autoestima), pp. 1 y 6.

58 Nótese que hace referencia no sólo a niños, sino también a jóvenes; dicha fórmula la repite nuestro legislador más reciente con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El documento se encuentra disponible en <http://www.f-ima.org/fitxer/400/Dec%C3%A0logo%20MCC%202012%20CAST.pdf>

59 VÁZQUEZ ALONSO, V.J.: "Aspectos constitucionales del Derecho de la Comunicación", en AA.VV.: *Derecho de la Comunicación* (coord. por E. Guichot), Lustel, Madrid, 2011, p. 72.

Y es que según establece el art. 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LOPJM), lo menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar, la información adecuada a su desarrollo. Es también en este precepto legal donde se pronuncia sobre la función de los poderes públicos en dicho ámbito. Deben atender a que la información que reciban los menores, no sólo sea veraz y plural, sino también respetuosa con los principios constitucionales. Y en particular, se concreta que las Administraciones Públicas velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores, promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto a los demás, evitando imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista, o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad.

Junto a la mención específica para que las Administraciones Públicas velen porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores no sólo respeten, sino que promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto, evitando la violencia, trato degradante y sexista, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, añade que en el ámbito de la autorregulación, las autoridades y organismos competentes deben impulsar entre los medios de comunicación, la generación y supervisión del cumplimiento de códigos de conducta destinados a salvaguardar dichos valores.

La referida reforma, especialmente preocupada por la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, pierde una oportunidad de introducir la promoción de valores no tanto estéticos, como intelectuales de la persona. Se habla de igualdad, solidaridad, diversidad, respeto, no a la violencia, trato degradante o sexista, pero ¿dónde se encuentra la promoción del individuo por su cualidad como persona y no como cosa, o si se quiere como imagen, con unos cánones preestablecidos de belleza?

La evitación del trato degradante o sexista pretende precisamente que la persona o la mujer se cosifique; que no se produzca una identificación entre mujer e imagen específica de la misma. Es por ello, que, en el ámbito de la publicidad, como después veremos, se están consiguiendo pronunciamientos legales específicos al respecto.

Pero qué ocurre con la promoción de los valores intelectuales de la persona, y sobre todo qué ocurre con la sobrevaloración de los mismos, por encima de la imagen o aspecto físico de la persona en esos cánones predeterminados. Cabe preguntarnos, si hay que esperar a la buena voluntad de los medios de

comunicación para que no solo desarrollen códigos de conducta en este sentido, sino también para que los cumplan.

La acción de los medios de comunicación resulta significativa “en la medida en que pueden difundir modelos más realistas, evitando la proyección pública de estereotipos susceptibles de ser contrarios a la salud y rehuendo también identificar y valorar a las personas exclusivamente por su aspecto físico” y es que es importante que en el tratamiento de la anorexia y la bulimia nerviosas por los medios de comunicación, se fomente la diversidad de modelos (corporales, de belleza...) y que el valor recaiga precisamente en esta diversidad como una riqueza en sí misma”⁶⁰.

Está en juego el desarrollo de la personalidad del menor, con una educación en contra de la violencia, trato degradante o sexista. Pero también la sobrevaloración del aspecto físico y la predeterminación de unas medidas, sin la contrarrestada información respecto a supremacía de los valores morales o intelectuales de la persona, puede llegar a afectar, y lo que es más grave, a dañar, el desarrollo de su personalidad. Es por ello que aprovechando la modificación del art. 5 de la LOPJM, a propósito, precisamente, de la Ley de la Infancia y de la Adolescencia, se hubiera podido hacer una mención en este sentido. Efectivamente no se ha utilizado, la oportunidad que brindaba esta modificación legal, de extender la protección, evitando mensajes e imágenes que los dañen en el aspecto referido.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, recoge en el art. 7 como los derechos del menor, la prohibición de la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y en particular aquellos programas que incluyan escenas de pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita. Sin embargo, aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse en abierto entre las 22 y las 6 h., debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual⁶¹. La diferencia entre la prohibición de emisión o la limitación de emisión en franja horaria reside en que puedan perjudicar seriamente o que puedan resultar perjudiciales al desarrollo físico, mental o moral de los menores. La Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de

60 Recomendaciones sobre el tratamiento de la anorexia y la bulimia nerviosas en los medios de comunicación audiovisual (fecha de consulta 1 julio 2018) aprobadas por Acuerdo de 17 de junio de 2015 del Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña.

61 LINDE PANIAGUA, E. y VIDAL BELTRÁN, J.M. esta prohibición copiada de la Directiva y de horario europeo, choca con los usos y costumbres de los niños españoles que se mantienen más tarde de las 22 h. y se inician también más tarde de las 6 h., *Derecho Audiovisual*, Colex, Madrid, 2013, p. 477. El documento se encuentra disponible en: <https://www.cac.cat/sites/default/files/2018-04/Recomanacions%20anor%C3%A8xia%20ES.pdf>

comunicación audiovisual), refiere la misma distinción entre perjudicar seriamente y perjudicar el desarrollo físico, mental y moral de los menores, en su art. 27.1 y 27.2 respectivamente⁶².

Se requiere por lo tanto de una labor interpretativa para diferenciar los contenidos que puedan perjudicar seriamente de aquellos que puedan resultar perjudiciales, si no queremos entender como lista taxativa los que cita la Ley, es decir pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita.

3. La publicidad

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad, considera que es ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores o derechos reconocidos en la CE, en especial los que se refieren en sus arts. 14, 18 y 20 apartado cuarto. Es por ello que la Ley resulta particularmente sensible con respecto a la mujer, la juventud y la infancia y detalla especialmente la publicidad que se pueda considerar ilícita respecto a las mujeres y la publicidad dirigida a menores. No están permitidos los anuncios que presentan a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria bien con la exposición de su cuerpo o con su imagen asociada a comportamientos estereotipados. Y la publicidad dirigida a menores, no podrá explotar su inexperiencia o credulidad, o que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. Por supuesto no se podrá presentar a los niños en situaciones peligrosas, no se podrá inducir a error sobre las características de los productos, su seguridad o la capacidad del menor para su manejo, extremos estos últimos innecesarios de detallar, por cuanto ya de por sí, la publicidad resulta ilícita por engañosa.

Es por lo tanto complicado determinar la ilicitud de la publicidad que se vale de la imagen alterada o irreal de la figura humana. Sólo cuando afecte a la dignidad de la persona de forma genérica, según refiere la Ley de Publicidad, o discriminatoria respecto al género humano, podrá ser rechazada la publicidad. La cosificación de la mujer a través de la publicidad, es lo que intenta evitarse, y no cabe duda que la imposición permanente de determinados patrones físicos y de belleza pueden llegar a crear frustración e inseguridad, menoscabando a quienes no se encuentran dentro del perfil establecido. Y es que la mujer está sometida continuamente al mensaje de que si no es bella, con arreglo a los cánones marcados, no tiene valor y que su valía depende de que pueda seducir a los hombres, pervirtiendo el

62 Y de la misma forma el art. 22 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, de la que trae su origen.

propio concepto de salud a través de la promoción de productos que potencian la obsesión por la delgadez⁶³.

Nos encontramos por lo tanto ante una Ley de Publicidad que de forma genérica protege de los ataques a la dignidad de la persona, pero se preocupa especialmente de la mujer, la infancia y la juventud, si bien esta última sólo por alusión indirecta a través de la mención del apartado cuarto del art. 20 CE.

A su vez hay que tener en cuenta que la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual establece restricción en horario de protección del menor; al no permitir insertar comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, tales como productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, que apelen al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética (art. 7.2), e insta a la autoridad audiovisual competente para que promueva entre los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva, el impulso de códigos de conducta en relación con la comunicación comercial audiovisual inadecuada, que acompañe a los programas infantiles o se incluya en ellos de alimentos y bebidas con efecto nutricional o fisiológico, y en particular con nutrientes o sustancias tales como grasas, ácidos transgrasos, sal o sodio y azúcares, para los que no es recomendable una ingesta excesiva en la dieta total (art. 7.4).

En ambos casos se refiere a la comunicación comercial, pero con distintas fórmulas a utilizar; a saber, mientras que para el supuesto de que se trate de exaltación del culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, se permite la publicidad, pero en horario no protegido, es decir, entre 8 h. a 9 h. y entre 17 a 20 h. los días laborables y entre 9 h. a 12 h. los sábados, domingos y festivos; en relación con la ingesta de alimentos y bebidas no adecuadas por favorecer claramente la obesidad infantil, se trata de promover códigos de conducta entre los prestadores de servicios.

Ante tal protección de que sólo esté restringida la comunicación comercial en la que se produce una exaltación del culto al cuerpo y el rechazo de la autoimagen en un horario tan reducido, tanto para niños, como para adolescentes y especialmente para estos últimos, y el hecho que de tal limitación lo sea solo a los efectos de la misma comunicación comercial, y no respecto a los propios contenidos de la programación del medio, produce que la exaltación del culto al cuerpo, la promoción del adelgazamiento, o la posibilidad de recurrir a cirugía estética, se presente de una forma más o menos directa, ante un consumidor, como son los jóvenes, incapaces de valorar las consecuencias que en su salud,

63 CARRETERO GARCÍA, A.: "Publicidad sexista y medios de comunicación", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 10/2014, pp. 132-133. Cita expresamente el caso de la mezzosoprano irlandesa Tara Erraught, que, a pesar de su valía profesional, ha recibido numerosas críticas por su sobrepeso.

tanto física como psíquica, puede llegar a producir esa interesada percepción de la realidad personal que se les está transmitiendo. Resulta sorprendente que el legislador sea consciente del peligro que se corre en la comunicación audiovisual respecto a la exaltación del culto al cuerpo y como consecuencia de ello el rechazo de la autoimagen⁶⁴, para después permitir la publicidad de productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, salvo en horario protegido para el menor. Existe por lo tanto una formada conciencia de que se trata de una cuestión, de necesaria regulación legal, para después sólo limitar la publicidad y en un horario claramente insuficiente para proteger a los menores y jóvenes, quienes además van a poder acceder a información de dicha temática en los contenidos de cualquier programa sin finalidad comercial, y sin restricción horaria alguna.

Orientado a la protección de los menores ante contenidos potencialmente inadecuados para ellos, tenemos el Código de autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia suscrito el 9 de diciembre de 2004 entre el Gobierno de España y los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva. Dentro del apartado II dedicado a los menores y programación televisiva en horario protegido, y como uno de los principios, se propugna: "d) Evitar la incitación a los niños a la imitación de comportamientos perjudiciales para la salud y especialmente: la incitación al consumo de cualquier tipo de droga y el culto a la extrema delgadez"⁶⁵.

La Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL), como asociación sin ánimo de lucro, integrada por anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones profesionales, posee el Código de conducta publicitaria establecido en 1996, inspirado en el Código Internacional de prácticas publicitarias de la Cámara de Comercio Internacional⁶⁶.

64 La anterior Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, tanto en su artículo 16 dedicado a la protección de los menores frente a la publicidad, como el art. 17 referente a la protección de los menores frente a la programación, no aludía en modo alguna a contenidos de exaltación del culto al cuerpo o autoimagen. Tampoco en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad, se hizo mención alguna en dicho sentido.

65 El Código supuso, en opinión de FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, A. y LÓPEZ DE AYALA LÓPEZ, M. C., un paso importante en la responsabilidad social de las grandes cadenas televisivas, pues se sometieron voluntariamente a un autocontrol más allá de la legislación vigente, y ello para conciliar sus legítimos objetivos económicos y de audiencia con la garantía de la protección de los menores sancionada por la Constitución y ampliamente reclamada por la sociedad, sin embargo, esta responsabilidad social se queda en pura teoría cuando las intenciones no se traducen en hechos, recomendando a los responsables administrativos el replanteamiento de la efectividad de este código y la implementación de las medidas oportunas para solventar esta situación de un horario infantil que continúa sin estar protegido, "Televisión e infancia: cinco años después del código de autorregulación", en *Revista Latina de Comunicación Social*, 66, 2011.

66 El Código de AUTOCONTROL (fecha de consulta 1 julio 2018), en el punto 28 afirma que la publicidad dirigida a los niños o adolescentes, o susceptible de influirles, no deberá contener declaraciones o presentaciones visuales que puedan producirles perjuicio mental, moral o físico, mientras que el punto 29 de protección a la salud considera que la publicidad evitará incitar a sus receptores, en especial a los adolescentes, a la adquisición de pautas/comportamientos que puedan resultar nocivos para su salud. El

Bien es cierto que determinar unos cánones de belleza para la mujer, la sitúan en una posición discriminatoria, por cuanto que es considerada como objeto sexual, pero al mostrar imágenes de mujer extremadamente delgadas, va más allá de una cuestión de discriminación, entrando de lleno en la salud de la persona y en su dignidad. Si además, los receptores de estos mensajes, son menores, o en gran medida adolescentes, la cuestión llega a ser difícil de combatir.

Si la publicidad no respeta la imagen de la mujer por mostrarla de forma vejatoria o discriminatoria, al utilizar su cuerpo o partes del mismo, como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, o bien asociándolo a comportamientos estereotipados, la publicidad puede llegar a considerarse ilícita, pero si la publicidad respeta estos parámetros, ¿tendríamos que entender vulnerada la dignidad de la persona de forma genérica?⁶⁷.

No cabe duda que la protección de la imagen de la mujer desde una perspectiva de género, se ha visto considerablemente mejorada desde su inclusión en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, con una alusión específica en su artículo 3 a) a la ilicitud de la publicidad que atente contra la mujer; para introducir un nuevo párrafo gracias a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por el que se considera publicidad ilícita los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro derecho coadyuvando a generar la violencia a la que se refiere la Ley Orgánica 1/2004⁶⁸.

En el plan anual 2015 de la Comisión de Publicidad y Comunicación Institucional y desde el Instituto de la Mujer y para la igualdad de oportunidades, se propone una campaña con soporte en prensa e internet y dirigida al público infantil y juvenil que con el título “Contra los desordenes y trastornos alimenticios”, tiene por objetivo y sentido difundir modelos de vida saludables basados en una alimentación sana y variada, alentar de los riesgos que comportan determinadas prácticas alimentarias y promover una autopercepción corporal positiva, basada en la diversidad morfológica de las personas y alejada de los modelos sociales

documento se encuentra disponible en <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2017/12/codigo-de-conducta-publicitaria-autocontrol.pdf>

67 Piénsese en el reclamo publicitario de un pub, que en una conocida red social afirma que hay que ponerse guap@s pues comienza el tardeo del sábado, y a ese texto se acompaña una fotografía de dos chicas jóvenes maquillándose, con una indumentaria correcta, pero extremadamente delgadas.

68 Nuevo inciso de gran importancia en opinión de PÉREZ TROYA, A., en cuanto a la integración objetiva del ilícito, “La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 288/2013, consultado en Aranzadi Digital, p. 2.

estandarizados e idealizados⁶⁹. Dicho plan anual viene ordenado en el art. 12 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional⁷⁰.

Los poderes públicos deben fomentar la formación y educación de los consumidores y usuarios, y en este sentido el art. 17.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, establece que los medios de comunicación social de titularidad pública estatal dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores y usuarios, quedando por tanto patente esa clara posición activa de los mismos poderes públicos.

El Grupo Parlamentario de Ciudadanos en la enmienda presentada a la Proposición no de Ley sobre la detección temprana de los trastornos de alimentación en los menores de edad aprobada el pasado 12 de diciembre, pretendía que se introdujese que se instase al Gobierno, a llevar a cabo las medidas legales oportunas para que toda publicidad con personas modificadas con técnicas digitales, se señale de manera explícita. También pretendían las medidas legales oportunas, para que cualquier producto o técnica de belleza, incluya en el anuncio la edad de la persona que anuncia dicho producto, y las medidas necesarias para que anuncios referidos a productos o técnicas de belleza, pasen unos filtros adecuados previos a su publicación. Ninguno de estos extremos de la enmienda se ha incluido finalmente. Sin embargo, el 1 de octubre de 2017 entraba en vigor en Francia el *Dècret n° 2017-738 du 4 mai 2017 relatif aux photographies à usage comercial de mannequins dont l'apparence corporelle a été modifiée*. La mención "fotografía retocada" deberá acompañar a la comunicación comercial en la que se haya utilizado software de procesamiento de imágenes para refinar o engordar la silueta del o de la maniquí. La misma se debe colocar de forma accesible, fácilmente legible y claramente diferenciada, en el mensaje publicitario o promocional, teniendo que respetar la presentación de los mensajes las reglas de buenas prácticas definidas por la profesión, en particular por la autoridad reguladora profesional de la publicidad⁷¹.

69 Plan 2015 de Publicidad y Comunicación (fecha de consulta 1 julio 2018), p. 52.

70 Hay que tener en cuenta que en esta misma ley, en su art. 3.1 y como requisitos de las campañas institucionales de publicidad y comunicación establece que solo se podrán promover o contratar campañas institucionales de publicidad y comunicación cuando cumplan con los siguientes objetivos: "a) promover la difusión y conocimiento de los valores y principios constitucionales... g) Anunciar medidas preventivas de riesgos o que contribuyan a la eliminación de daños de cualquier naturaleza para la salud de las personas o el patrimonio natural". El documento se encuentra disponible en <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/cpci/Documents/Plan2015.pdf>

71 El pasado noviembre, la Asamblea de Madrid también aprobó la Proposición no de Ley, en la que se incluían entre otros puntos, instar al Gobierno de la Nación, a través del Consejo Interterritorial de Salud, para llevar a cabo las medidas legales oportunas para que toda publicidad en la que aparezcan personas cuyas características hayan sido modificadas mediante técnicas digitales, señale de manera explícita, en el mismo anuncio, que se ha producido dicha modificación, y que toda publicidad relativa a productos, complementos o técnicas de belleza, de carácter sanitario o de cualquier otro tipo, deban incluir en el anuncio, en lugar visible, la edad de la persona que anuncia dicho producto. También se insta al Gobierno

La defensa debe discurrir sin duda, por la protección del consumidor frente a actos atentatorios a su salud. Sin embargo, a la luz de la SAP de Madrid 10 marzo 2006⁷², no parece en principio que pueda llegarse a considerar ilícita la publicidad por el peso específico de riesgo para la salud como derecho básico del consumidor. El anuncio objeto del pleito decía así: “Tú decides. Biomanán te ayuda a adelgazar de la forma más eficaz, sana y segura. Que mejor se adapte a tu estilo de vida. Para que adelgazar te sea más fácil y lo hagas con salud. Infórmate en tu farmacia”.

La demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios de la Comunicación solicitaba se declarase ilícita la publicidad del producto, siendo estimada en primera instancia⁷³ y desestimada en apelación. La cuestión gira en torno a la posible ilicitud de la palabra “adelgazar” en la publicidad y su relación con expresiones como “sana” y “salud”. Se fundamenta en la sentencia la licitud de la publicidad en la aplicación del art. 4.3 del RD 1430/1997, de 15 de septiembre, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria específica de los productos alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso, que establece que “... no contendrá ninguna referencia al ritmo o a la magnitud de la pérdida de peso a que puede llevar su consumo, ni a la disminución de la sensación de hambre o al aumento de la sensación de saciedad”, sin prohibición por lo tanto al término adelgazar; diferenciándose en este sentido de lo establecido en el RD 2685/1976, de 16 de octubre, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, Circulación y Comercio de Preparados Alimenticios para Regímenes Dietéticos y/o especiales, que sí prohíbe utilizar expresamente las palabras saludable y adelgazante, pero que según considera la Sala, no es de aplicación al presente caso.

La referida sentencia contiene un voto particular del Magistrado D. Carlos López Muñoz Criado, en el que analiza el sentido etimológico de la palabra “adelgazar”, y considera que no se aleja mucho de la percepción común y actual de la misma, pues es socialmente admitido con un criterio general, que la delgadez de la persona es un factor de atracción física, y que es incorrecta la manera de identificar la belleza física con la delgadez, lo que está en el origen de graves enfermedades, como la anorexia y por tanto el concepto estudiado puede llegar a afectar a la salud, si un consumidor sensible a esa percepción estética entiende el mensaje como una fórmula capaz de proporcionar la belleza física por medio

de la Nación, a través del Consejo Interterritorial de Salud, para llevar a cabo las medidas necesarias para que toda publicidad relativa a productos, complementos y técnicas de belleza, deban cumplir unos criterios estándar de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad con los consumidores y usuarios, pasando unos filtros adecuados previos a su publicación, ya sea en medios escritos, radiofónicos o visuales, sobre todo en los medios de comunicación de titularidad pública.

72 SAP Madrid 10 marzo 2006 (AC 2006, 444).

73 SJ Mercantil nº 5 Madrid 11 enero 2005 (AC 2005, 1189).

del adelgazamiento y lleva éste hasta límites extremos. Recuerda la necesidad de realizar la aplicación de la norma de acuerdo con los criterios hermenéuticos del art. 3 del CC, y entiende que en el espíritu del art. 4.3 del RD 1430/1997 trata de evitar las conductas obsesivas de personas que a toda costa quieren enflacar porque no se ven atractivas, de ahí que prohíba referencias a la velocidad y magnitud de la pérdida de peso, y lo hace, además, eludiendo cualquier mención al verbo adelgazar, mostrando con claridad la proscripción del término y de sus derivados.

Por ello resulta sorprendente que la Sala evite considerar precisamente la problemática social de los riesgos derivados de una incontrolada obsesión por la pérdida de peso o adelgazamiento, con el argumento de que estos son supuestos no contemplados en la norma, puesto que la norma está "orientada a regular la cuestión analizada con carácter de generalidad", para después afirmar que sí está contemplado en dicho art. 4 del RD cuando alude a lo que no contendrá la publicidad (referencia al ritmo o a la magnitud...). Es decir, por un lado, la norma tiene un afán de generalidad, y no puede contemplar situaciones especiales, que previamente se han reconocido como de trascendencia social indudable, pero además es que de la propia dicción literal de la norma sí se contemplan dichas situaciones. Realmente el argumento resulta complicado de entender, reduciéndose en último término a la no prohibición expresa del término "adelgazar" y olvidando los criterios interpretativos del art. 3 del CC.

Bien es cierto que en el anuncio se integran los términos salud y adelgazar y que sólo por esta conexión debería haberse contextualizado en el entorno social lesivo que condiciona el éxito personal y profesional, a unos determinados cánones de belleza, y que sin lugar a dudas, daña el derecho a la salud del consumidor. Esto hubiera sido argumento suficiente para considerar ilícita la publicidad. La misma contenía además una explícita alusión a un estilo de vida, en concreto decía que el producto es el "que mejor se adapta a tu estilo de vida", afirmación ésta que aproxima peligrosamente la delgadez a un determinado modo o manera de vivir, transmitiendo de esta forma un mensaje sumamente perjudicial, es especial para el joven consumidor.

4. La regulación de las tallas

Sin duda la homogeneización de las tallas es otra de las cuestiones pendientes y que pueden contribuir a la sensibilización social respecto a los trastornos alimenticios. Es fundamental que los comercios ofrezcan una variedad de tallas acorde a la población a la que van dirigidas. Por ello también es necesario el desarrollo de un sistema estándar de tallaje que se siga por el sector textil y de la confección, para que las tallas se adapten a las necesidades de la población española y se oferten como tales.

El 23 de enero de 2007 se suscribe un acuerdo de colaboración entre el Ministerio de Sanidad y Consumo, la Asociación de Creadores de Moda de España, La Agrupación Española de Género de Punto, La Federación Española de Empresas de la Confección, El Corte Inglés, Cortefiel, Inditex y Mango⁷⁴. En dicho acuerdo se recogía la preocupación del Ministerio de Sanidad y Consumo por la adopción de referentes sociales de belleza saludable, siendo importante la elección de los soportes de la moda, tanto las modelos que desfilan en pasarelas⁷⁵, como los de apariencia humana utilizados para la exposición de prendas de vestir en los locales comerciales; ambos deben responder a perfiles biométricos comunes en la población.

Por dicho motivo también anunciaba que se tenía previsto realizar un estudio antropométrico de la población española que permitiese fijar su perfil biométrico real. El estudio antropométrico de la población femenina española se efectuó en 2007 por el Instituto Nacional de Consumo (INC) en colaboración con el Instituto de Biomecánica de Valencia (IBV). Sin embargo, no parece que finalmente se haya conseguido una unificación de criterios en torno a las tallas⁷⁶.

En el propio convenio se recogía la disposición de las asociaciones y empresas firmantes del Acuerdo de ofrecer una información adicional, a partir de los resultados del estudio antropológico, que refleje el rango de medidas corporales a que corresponde cada denominación de talla. Dicha información seguiría preferiblemente, los criterios de la norma UNE-EN 13402 “Designación de tallas para prendas de vestir”, en particular en lo que se refiere a las mediciones e intervalos para la fijación de tallas⁷⁷. Se utiliza por lo tanto, con el convenio, la vía de la autorregulación, por cuanto que se carece de disposición legal obligatoria en este sentido⁷⁸.

La Convención de los derechos del niño habla de una posición del Estado activa, incentivando a los medios de comunicación a que integren programas específicos para difundir información y materiales de interés social y cultural, promoviendo su bienestar social, espiritual y moral, así como su salud física y mental. El mismo art.

74 El documento se encuentra disponible en <http://www.lamoncloa.gob.es/Documents/7eb1-f460-textodelacuerdo.pdf> (fecha consulta 1 julio 2018).

75 En septiembre de 2006, los Organizadores de la Pasarela Cibeles en colaboración con la Comunidad de Madrid, impusieron a las modelos candidatas que su Índice de Masa Corporal (IMC) fuese en torno a 18, límite considerado saludable (cercano al fijado por la OMS) para ser elegidas en el desfile. Por todas las noticias se puede ver en El País del 7-9-2006.

76 Así es denunciado por la OCU en noticia de 7-12-2015 (fecha de consulta 1 julio 2018).

77 En el BOE de 24/3/2014 se encuentra la Resolución de 6 de marzo de 2014, de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, por la que se publica la relación de normas europeas que han sido ratificadas durante el mes de enero de 2014 como normas españolas, incluyéndose en la lista la Norma EN 13402-3:2013, *Designación de tallas para prendas de vestir. Parte 3: Mediciones e intervalos*. El documento se encuentra disponible en <https://www.ocu.org/alimentacion/adelgazar/noticias/anorexia-y-bulimia-contra-la-dictadura-de-las-tallas556164>

78 MARTINEZ-ZAPORTA ARÉCHAGA, E. y FERNÁNDEZ-DELGADO MOMPALER, R.: “Aspectos bio-jurídicos”, cit., p. 40.

43 de la CE, atribuye a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública, no sólo con las prestaciones y servicios requeridos, sino con las medidas preventivas necesarias, y en este sentido se encuentra plenamente justificado, la intervención de los mismos, en la formación e información, que a través de los medios de comunicación se presenta de la imagen personal idealizada, máxime cuando ésta llega a menores y jóvenes. No existe alusión legal concreta a la cuestión, a excepción de la mención en la Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual y con el fin de restringir el horario de comunicaciones comerciales (art. 7.2) o algún pronunciamiento en códigos deontológicos⁷⁹. Por ello resulta necesaria una aproximación legal a la enfermedad de los TCA.

IV. DE LEGE FERENDA A MODO DE CONCLUSIÓN

En la Proposición no de Ley sobre la detención temprana de los trastornos de alimentación en los menores de edad presentada por el Grupo Parlamentario Popular el pasado verano⁸⁰, se instaba al Gobierno en colaboración con las Comunidades Autónomas, al diseño y ejecución de protocolos de actuación para al detección de los trastornos de alimentación en las aulas y a promover campañas de prevención, sensibilización y concienciación social sobre dichos trastornos.

Finalmente, la Proposición no de Ley, tras la consideración de las enmiendas propuestas a introducir, se ha teniendo en cuenta que, en el diseño y ejecución de protocolos de actuación estuviera presente la perspectiva de género (propuesto por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos- En Comú Podem-En Marea). También se ha introducido que en la estrategia de Salud Mental se realicen estudios sobre la incidencia, prevalencia y evolución de los TCA (propuesta por el Grupo Parlamentario Ciudadanos) además de llevar a cabo campañas institucionales desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a fin de concienciar sobre los riesgos de los TCA (propuesto por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos). Y también se ha incluido el tener que vigilar las páginas web que promuevan los referidos trastornos, llevando a cabo las actuaciones judiciales para clausurarlas cuando proceda (propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista).

79 La guía de buenas prácticas sobre los trastornos de alimentación en los medios de comunicación publicado por la Asociación Valenciana de Familiares de Enfermos con trastornos Alimentarios: Anorexia y Bulimia (AVALCAB) (fecha de consulta 1 julio 2018), considera que la Administración Pública debe: a) vigilar el cumplimiento de la normativa de control para determinados programas en horario infantil, b) tratar de que desde las televisiones se contraten presentadoras atendiendo las solicitudes que abogan por una imagen realista de la mujer en televisión, c) incentivar la publicidad que muestre mujeres "de verdad", d) promover la diversidad corporal en la publicidad, e) promover una alimentación y estilo de vida saludables, f) Apoyar campañas que fomenten estilos de vida saludables. Se puede encontrar la guía en INFOCOPONLINE-Revista de Psicología 10/07/2009.

80 BOCG 14-9-2017. El documento se encuentra disponible en http://www.infocop.es/view_article.asp?id=2465

No se tuvieron en cuenta, sin embargo, el resto de la enmienda de modificación propuesta por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos consistente en: 1) Que se adopten las medidas legales oportunas para que en la publicidad en la que aparezcan personas cuyas características hayan sido modificadas mediante técnicas digitales, se señale de manera explícita en dicho anuncio. 2) Llevar a cabo las medidas legales oportunas para que todo anuncio de producto o técnica de belleza, deba incluir en el anuncio, la edad de la persona que anuncia dicho producto. 3) Implantar las medidas necesarias para que toda publicidad de productos, complementos y técnicas de belleza, deban cumplir con unos criterios estándar de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad con los consumidores y usuarios, pasando por unos filtros adecuados previos a su publicación, sobre todo en los medios de comunicación de titularidad pública. 4) Llevar a cabo las modificaciones legales para que todas las páginas webs “pro-anorexia” o “pro-bulimia”, no sólo sean clausuradas, sino que se castigue penalmente a aquellas personas que fomenten este tipo de trastornos. 5) Llevar a cabo las modificaciones legales para prohibir la actividad de modelo a toda persona que tenga un Índice de Masa Corporal inferior a lo científicamente estimado como “saludable” y multas para las agencias que lo incumplan.

Resulta concluyente que no se haya introducido en la Proposición no de Ley, la adopción de medidas legales, para que en la publicidad se incluya de manera explícita la modificación de las características de las personas, la edad de la persona en los anuncios de productos o técnicas de belleza, o prohibir la actividad de modelaje a toda persona que no tenga un IMC adecuado⁸¹.

Incluso se rechaza la adopción de medidas para cumplir la publicidad de productos, complementos y técnicas de belleza, con los criterios de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad con los consumidores, introduciendo unos filtros adecuados previos a su publicación, como si la protección de los consumidores y usuarios, y especialmente cuando de menores y jóvenes se trata, no merezca la introducción de cualquier medida de control a favor de su salud e integridad personal.

La lucha contra la enfermedad social de los Trastornos de la Conducta Alimentaria, requiere la adopción de medidas de prevención y control, que pasa sin duda por aquellas con verdadera efectividad jurídica, y por tanto que sean de carácter legal. Regular la publicidad que incluya imágenes de personas que han

81 En Francia desde el pasado mayo, está en vigor la Orden de 4 de mayo de 2017 sobre certificación médica, que permite el ejercicio de la actividad de modelo. En la misma se establecen las condiciones de los certificados médicos para el ejercicio de la actividad de modelado en adultos y niños. La definición de índice de masa corporal que se tiene en cuenta, es la establecida por la OMS en su clasificación internacional de bajo peso, sobrepeso y obesidad según el cálculo del índice de la masa corporal para adultos y las referencias francesas que indican la entrada en la desnutrición infantil.

sido modificadas con técnicas digitales o incluir la edad de la persona que anuncia un producto o técnica de belleza, puede ser un inicio importante para combatirla.

Que la moda se presenta por modelos de dimensiones corporales reducidas, casi esqueléticas en muchas ocasiones, es algo innegable. Además, influye de forma negativa la dificultad de encontrar tallas más grandes del gusto del consumidor. Es el cuerpo el que debe adaptarse a la moda⁸². Las medidas legales en este sentido deben tender a evitar que ocurra precisamente esto, que no sea el cuerpo el que deba adaptarse a la moda, sino que sea la empresa de la moda la que cambie su perspectiva. Desde las pasarelas de moda⁸³, pasando por las dimensiones de los maniqués con apariencia de figura humana que se exhiben en los escaparates de los comercios, hasta la regulación de un coordinado tallaje de ropa, son cuestiones que deberían abordarse por los poderes públicos, a pesar de las dificultades que conlleva su dimensión internacional.

No podemos permitir que se consolide la idea que parece estar socialmente admitida, de que la delgadez es un factor fundamental de atractivo físico, que garantiza el éxito personal y profesional. El significado de adelgazar, según la RAE⁸⁴, es reducir el grosor de un cuerpo, pero también debilitar las fuerzas, el poder o los ánimos de alguien. No debilitemos las fuerzas y el poder de nuestra juventud.

82 Guía del Instituto de la Mujer. Salud XVI. Anorexia y bulimia (fecha de consulta 1 julio 2018), p. 10. El documento se encuentra disponible en http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/AreaSalud/Publicaciones/docs/GuiasSalud/Salud_XVI.pdf.

83 En enero de 2017, la *Conselleria de Empresa i Coneiximent de la Generalitat de Catalunya* y la Asociación contra la Anorexia y la Bulimia de Cataluña (ACAB), firmaron un convenio de colaboración para promover acciones de prevención de los trastornos de la conducta alimentaria, entre colectivos, profesionales y entidades vinculadas a la pasarela de moda catalana 080 Barcelona Fashion. El objetivo es formar a diferentes profesionales vinculados al 080 Barcelona Fashion para que puedan convertirse en "Agentes Preventivos" de los trastornos alimentarios, actuando como altavoz para la sensibilización social y acercar el trabajo de la ACAB a colectivos especialmente vulnerables como escuelas de moda y universidades vinculadas a la pasarela. Acceder a la en <http://www.080barcelonafashion.cat/es/noticies/el-080-barcelona-fashion-con-la-prevencion-de-los-trastornos-alimentarios> (fecha de consulta 1 julio 2018).

84 Diccionario disponible en <http://dle.rae.es/?id=0icto4F> RAE (fecha de consulta 1 julio 2018).

BIBLIOGRAFÍA

ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: "El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español", *InDret*, mayo 2009, pp. 1-27.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: "La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 82, enero-abril 2008, pp. 53-82.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: "Sobre el marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida en el ordenamiento jurídico español", *DS: Derecho y Salud*, vol. 15, nº 1, 2007, pp. 117-136.

BARTOLOMÉ TUTOR, A.: *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

BUSTOS PUECHE, J.E.: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2008.

CANOSA USERA, R.: *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

CARRETERO GARCÍA, A.: "Publicidad sexista y medios de comunicación", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 10/2014, pp. 130-142.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, jul.-agosto, pp. 5-62.

DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los Derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Derecho Civil I (Derecho de la persona)* (coord. por J. R. de Vera y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp.57-78.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, A. y LÓPEZ DE AYALA LÓPEZ, M. C.: "Televisión e infancia: cinco años después del código de autorregulación", en *Revista Latina de Comunicación Social*, 66, 2011.

LEÓN ALONSO, M.: *La protección constitucional de la salud*, La Ley, Madrid, 2010.

LINDE PANIAGUA, E. y VIDAL BELTRÁN, J.M.: *Derecho Audiovisual*, Colex, Madrid, 2013.

LÓPEZ LACOISTE, J.J.: "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", *Anuario de Derecho Civil*, 1986, vol. 39, nº 4, pp. 1059-1120.

MARTINEZ-ZAPORTA ARÉCHAGA, E., FERNÁNDEZ-DELGADO MOMPALER, R.: "Aspectos bio-jurídicos de los trastornos de la conducta alimentaria: pasado, presente y futuro", *DS: Derecho y Salud*, vol. 21, nº extra 1, 2011 (Ejemplar dedicado al XIX Congreso "Derecho y Salud"), pp. 39-74.

MIRALLES GONZÁLEZ, I.: "La anorexia y el internamiento de los enfermos en centros hospitalarios: límites y controles", *Revista de Catalunya*, nº 3, 1999, pp. 715-724.

MOSCATI, F.M., DE MARCO, S., MANDARELLI, G., FERRACUTI, S., FRATI, P., "Il consenso informato e il trattamento dei disturbi della condotta alimentare", *Rivista Italiana di Medicina legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2013, nº 3, pp. 1271-1284.

PÉREZ TROYA, A.: "La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Mercantil", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 288/2013, consultado en Aranzadi Digital.

ROGEL VIDE, C.: "Origen y actualidad de los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 149, nº 1, enero-marzo 2002, pp. 113-134.

Rossi, S.: "TSO e anoressia: nota su un disegno di legge controverso", *Rivista di BioDiritto*, 2015, 3, pp. 117-135.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M.: "La capacidad de obrar de los menores", en AA.VV., *Tratado del Menor*, (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 158-183.

VÁZQUEZ ALONSO, V.J.: "Aspectos constitucionales del Derecho de la Comunicación", en AA.VV.: *Derecho de la Comunicación* (coord. por E. Guichot), lustel, Madrid, 2011, pp. 23-80.

VIVAS TESÓN, I.: "La horizontalidad de los derechos fundamentales", en AA.VV.: *Bienes de la personalidad, XIII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil*, Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008, pp. 205-213.