

## **OBJECCIÓN DE UN MENOR AL TRATAMIENTO MÉDICO. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio de 2002**

Por

CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ / TERESA M.<sup>a</sup> PÉREZ-AGUA LÓPEZ / SARA SIEIRA MUCIENTES

Profesora Propia Ordinaria de Derecho Penal / Profesora Colaboradora Asistente del Departamento de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado / Profesora Propia Adjunta de Derecho Constitucional  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA SENTENCIA: 1. *Hechos*. 2. *Procesos judiciales tras el fallecimiento del menor*. 3. *Calificación jurídica de la Sentencia 154/2002*.- III. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA PROTECCIÓN DEL MENOR: 1. *Libertad religiosa y objeción de conciencia*. 2. *El principio de proporcionalidad*: 2.1. La libertad religiosa de los padres y el interés del menor. 2.2. Relevancia constitucional de la oposición del menor a la transfusión. 2.3. Necesidad de limitar la libertad religiosa de los padres para hacer efectivo el derecho a la vida del menor.- IV. EL MENOR Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL TRATAMIENTO MÉDICO: 1. *Según la STC 154/2002*. 2. *Tras la entrada en vigor de la ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.- V. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVA DE FUTURO.

### I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002, cuyo comentario se aborda en estas páginas, tiene como antecedentes de hecho unos tristes acontecimientos que, en el mes de septiembre de 1994, terminaron con el fallecimiento de un niño de trece años en el Hospital Miguel Servet de Zaragoza. Para quien se conforma con un acercamiento superficial a los problemas que plantean los derechos fundamentales de la persona y sus límites, bastaría decir que en la sentencia se ha debatido la responsabilidad en el fatal fin de los padres del menor, Testigos de Jehová, a causa de la no aceptación de las transfusiones de sangre por quienes profesan esa religión.

Sin embargo, una lectura atenta de la Sentencia permite afirmar que se trata de un caso complejo en el que se plantea, por una parte, el conflicto abstracto entre el derecho a la vida del menor y la libertad religiosa de sus padres, conflicto que se soluciona dando prevalencia a la vida del menor –tal y como en su día lo hizo el Tribunal Supremo-, y, por otro, el conflicto concreto entre la obligación de velar por la vida de los hijos y el derecho a la libertad religiosa de los padres, conflicto que el Tribunal Constitucional resuelve

considerando *innecesario* –y por ello inconstitucional- limitar *más* la libertad religiosa de unos padres que ya habían posibilitado sin reservas la acción tutelar del poder público para la salvaguarda del derecho a la vida de su hijo.

Además, el caso concreto que da lugar al recurso de amparo se complica aún más porque el menor se negó a someterse a la transfusión de sangre que habría salvado su vida, alegando sus creencias religiosas. Dicha negativa llevó a los recurrentes a plantear el posible conflicto entre la libertad religiosa del menor y su derecho a la vida. Como veremos más adelante el Tribunal Constitucional parte de considerar que no es éste el objeto del recurso de amparo aunque, con el pretexto de solucionar si los padres quedaban vinculados por la decisión del menor o no, acaba solucionando también este conflicto en el sentido de considerar prevalente el derecho a la vida del menor, derecho que debe ser protegido por los mismos padres y los poderes públicos en interés del propio menor.

## II. LA SENTENCIA

### 1. Hechos

Marcos Alegre Vallés, de trece años de edad, tuvo una caída con su bicicleta el día 3 de septiembre de 1994, causándose lesiones en una pierna sin aparente importancia. Tres días después, sangró por la nariz y, a petición de sus padres, fue visto por un ATS que restó importancia al incidente. Como dos días más tarde sangró más intensamente, la madre llevó a Marcos a la Policlínica de Fraga (Huesca), donde aconsejaron el traslado del niño al Hospital Arnau de Lérida y así lo hicieron en ese mismo día.

Los médicos del centro hospitalario, tras las pruebas que estimaron pertinentes, consideraron que Marcos se encontraba en situación de alto riesgo hemorrágico, por lo que prescribieron una transfusión para neutralizarla. En ese momento los padres manifestaron educadamente que su religión no permitía la aceptación de una transfusión de sangre y que, en consecuencia, se oponían a la misma, rogando que se aplicara a su hijo un tratamiento alternativo. Marcos profesaba activamente la misma religión que sus padres y rechazaba consciente y seriamente la realización de una transfusión en su persona. Como los médicos del Hospital Arnau no conocían ningún otro tratamiento, los padres solicitaron el alta de su hijo para trasladarlo a otro centro donde se pudiera aplicar un tratamiento alternativo. Sin embargo, el centro hospitalario no accedió a la petición de los padres por considerar que, con el alta, peligraba la vida del menor.

En la madrugada del día siguiente al ingreso, el centro hospitalario solicitó autorización al Juzgado de guardia para practicar la transfusión de sangre; la autorización fue concedida para el caso de que fuera imprescindible para salvar la vida

del menor. Según los médicos la transfusión era médicamente imprescindible para lograr a corto plazo la recuperación de Marcos –neutralizando el alto riesgo de hemorragia- y poder así continuar las pruebas necesarias para diagnosticar la enfermedad que padecía el niño y aplicar en consecuencia el tratamiento precedente. Notificada a los padres la autorización del Juzgado, éstos acataron la decisión y no hicieron nada para impedir que dicha decisión se ejecutara. Aceptaron que se les imponía una voluntad en contra de la suya y de sus convicciones religiosas.

Cuando los médicos se dispusieron a realizar la transfusión haciendo uso de la autorización judicial, Marcos –sin intervención de sus padres- la rechazó con auténtico terror, reaccionando tan violenta y agitadamente que los médicos consideraron que podía precipitarse una hemorragia cerebral. Ante este riesgo, los médicos desistieron de realizar la transfusión. No obstante, procuraron en repetidas ocasiones convencer al menor para que consintiera, aunque no lo lograron. Viendo que sus intentos no tenían éxito, el personal sanitario pidió a los padres que trataran de convencer a Marcos, pero éstos –a pesar de que deseaban la curación de su hijo-, acompañados de personas de su misma religión, no accedieron. Tanto los padres como Marcos consideraban que Dios no autorizaba la práctica de una transfusión de sangre aunque estuviera en peligro la vida.

En este estado de cosas, los médicos desecharon la posibilidad de realizar la transfusión en contra de la voluntad del menor, al considerarla contraproducente. La utilización de un procedimiento anestésico también se desechó –después de “consultar” telefónicamente con el Juzgado- por no considerarlo ético ni médicamente correcto por los riesgos que habría comportado.

Como no tenía el centro hospitalario ningún otro tratamiento alternativo que aplicar, los médicos accedieron a la concesión del alta voluntaria para que Marcos pudiera ser llevado a otro centro en busca de un tratamiento alternativo.

Tras el alta, el niño permaneció algunas horas en el Hospital Arnau porque los padres querían localizar al que consideraban uno de los mejores especialistas en la materia antes de que Marcos saliera del hospital. No obstante, entregada la historia clínica y considerando el centro posiblemente que ya no se justificaba la presencia del niño allí si nada podían hacer por él, el menor abandonó el hospital acompañado de sus padres.

Tres días más tarde, el 12 de septiembre, Marcos y sus padres acudieron al Hospital Universitario Materno-Infantil del Vall d’Hebrón de Barcelona. El niño fue reconocido y diagnosticado en la consulta: Marcos padecía un “síndrome de pancetopenia grave debido a una aplasia medular o a infiltración leucémica”. Nuevamente los médicos consideraron que era urgente la práctica de una transfusión para neutralizar el riesgo de hemorragia y anemia y proceder a realizar las pruebas diagnósticas pertinentes para

determinar las causas de la enfermedad e iniciar su tratamiento. Otra vez los padres y el menor manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar una transfusión y los primeros firmaron un escrito en este sentido.

Nadie creyó procedente en el Hospital Vall d'Hebrón pedir una nueva autorización judicial para efectuar la transfusión, ni intentar nuevamente realizarla haciendo uso de la autorización judicial emitida por el Juzgado de Lérida, ni intentar tampoco efectuarla por propia decisión de los médicos adoptada, en defensa de la vida, por encima de la determinación que, por motivos religiosos, habían tomado los padres y Marcos.

Los padres llevaron a su hijo entonces al Hospital General de Cataluña –un centro privado-, en que nuevamente reiteraron los médicos la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión y ésta fue nuevamente rechazada por los padres y el menor por sus convicciones religiosas. Tampoco en este centro se tomó la decisión de proceder contra la determinación de Marcos y sus padres ni de solicitar autorización judicial o hacer uso de la obtenida del Juzgado de Lérida.

Los padres ya no conocían otro centro al que acudir. En estas condiciones, acompañados de su hijo, emprendieron el camino de regreso a su domicilio en Ballobar (Huesca), al que llegaron en la madrugada del día 13.

El día 14 de septiembre el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca), tras recibir un escrito del Ayuntamiento de Ballobar informando de la situación de Marcos, acompañado por un informe emitido por el médico titular de Ballobar, y después de oír telefónicamente al Ministerio Fiscal, decidió autorizar la entrada en el domicilio del menor para que recibiera la asistencia médica que precisaba, en los términos que el mencionado médico y el forense del Juzgado consideraran pertinentes, es decir, para que fuera transfundido.

La comisión judicial se trasladó al domicilio. Marcos estaba ya con un gran deterioro psicofísico y los padres, una vez más, declararon sus convicciones religiosas pero acataron la voluntad del Juzgado. El propio padre –manifestando su deseo de no luchar contra la ley- bajó al hijo a la ambulancia que le llevó al Hospital de Barbastro. Marcos llegó al Hospital en coma profundo, totalmente inconsciente, y se procedió a la transfusión ordenada judicialmente. Los padres no intentaron en ningún momento impedir que se llevara a cabo una vez que había sido ordenada por una voluntad ajena a ellos.

Por orden médica Marcos fue trasladado al Hospital Miguel Servet de Zaragoza, al que llegó a última hora de la tarde del día 14 con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral. Marcos falleció el día 15 de septiembre de 1994 a las nueve y media de la noche.

En el relato de los hechos probados se añade finamente que “si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto y a medio plazo

una alta posibilidad de supervivencia y, a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada”.

## **2. Procesos judiciales tras el fallecimiento del menor**

El Ministerio Fiscal acusó a los padres de Marcos Alegre Vallés en concepto de autores de un homicidio por omisión, previsto y penado en el artículo 138, en relación con el artículo 11, ambos del Código Penal de 1995. Estimando concurrentes la circunstancia atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que producen obcecación y la agravante de parentesco, pedía para cada uno de los padres la pena de cuatro años de prisión. La Audiencia Provincial de Huesca dictó sentencia el 20 de noviembre de 1996 absolviendo a los acusados.

El Ministerio Fiscal interpuso entonces recurso de casación por infracción de ley contra esta sentencia. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante sentencia de 27 de junio de 1997, estimó el recurso y dictó segunda sentencia aceptando expresamente los fundamentos fácticos de la decisión recurrida pero condenando a los padres como autores de un delito de homicidio, con la concurrencia, con carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión. La condena lo es por omisión de la conducta exigible a los padres del menor, dada su condición de garantes de la salud de éste, y esta actuación tiene su causa en sus creencias religiosas pues, dada su condición de Testigos de Jehová, los padres entienden que la transfusión de sangre está prohibida por la ley de Dios.

Los padres de Marcos presentaron recurso de amparo contra las dos sentencias del Tribunal Supremo alegando violación de los derechos fundamentales a la libertad religiosa (artículo 16.1 de la Constitución) y a la integridad física y moral (artículo 15 del mismo texto). Afirman en su demanda de amparo que, al haber basado el Tribunal Supremo su culpabilidad en que se les podía exigir que, abdicando de sus convicciones religiosas, actuaran sobre la voluntad expresa de su hijo, conculcando así la libertad religiosa y de conciencia de Marcos y su derecho a su integridad física y a no sufrir tortura ni trato inhumano o degradante. El Ministerio Fiscal, interesando la denegación del amparo, opone a esta tesis la incapacidad legal del menor para adoptar una decisión irrevocable acerca de su vida o su muerte que, como titulares de la patria potestad, correspondía a los padres en cuanto garantes de la vida del hijo menor durante todo el proceso médico.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia de 18 de julio de 2002 que comentamos, decide otorgar el amparo solicitado porque se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa de los padres y, por consiguiente, anula las sentencias del Tribunal Supremo.

### 3. Calificación jurídica de la Sentencia 154/2002

En primer lugar debe señalarse que el pronunciamiento del TC se circunscribe a la vulneración constitucional de la libertad religiosa de los padres (art. 16.1 CE) y ello pese a que en la demanda de amparo se invocaba además la lesión del derecho a la libertad religiosa del propio menor y de su derecho a la integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano o degradante (art. 15 CE). La delimitación realizada por el TC viene motivada porque el recurso de amparo se dirige contra la Sentencia del TS que condenó a los padres del menor como autores de un delito de homicidio en comisión por omisión (art. 138 en relación con el art. 11 del CP de 1995). Dado que dicha Sentencia sólo podía vulnerar los derechos de los padres, el TC considera que el objeto propio del recurso de amparo se circunscribe a la relación que puede existir entre la condición de garante de los padres y el derecho fundamental a la libertad religiosa de los mismos. Por ello, las precisiones que la Sentencia del Tribunal Constitucional hace en torno a la libertad religiosa del menor, y el significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito, deben ser entendidas en función de la efectividad de los derechos de los padres (Fundamento Jurídico 2.º).

La delimitación realizada por el Tribunal Constitucional nos permite resumir el caso objeto de recurso de amparo en los siguientes términos: El Tribunal Supremo condena a los padres como responsables criminales de la muerte de su hijo porque, siendo garantes de su vida en virtud de lo establecido en la Constitución (art. 39) y el Código Civil (arts. 110 y 154), no hicieron *todo* lo preciso para evitar la muerte de menor; en concreto, al negarse a convencer a su hijo de que se sometiera a la transfusión, en el primer hospital al que le llevaron, y al no autorizar la transfusión de sangre, en los posteriores hospitales a los que acudieron con él, generaron una situación equivalente a la causación de la muerte del menor. En el fondo del pronunciamiento del TS subyace la idea de que la obligación de los padres de velar por la vida de sus hijos no encuentra límite *alguno* en el derecho a la libertad religiosa de los padres.

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional llega a la conclusión contraria: *una vez que los padres han posibilitado sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección de su hijo menor, su condición de garantes no les obliga ni a persuadir a su hijo de que se someta a la transfusión, ni a autorizar la misma*. Dichas negativas se hallan amparadas por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), por lo que debe otorgarse el amparo solicitado y anular las resoluciones judiciales impugnadas. Examinemos más despacio los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional.

La demanda de amparo argumentaba que es inconstitucional exigir a los padres que disuadan a su hijo de la decisión por él tomada de negarse a la transfusión de sangre

porque dicha decisión la tomó el menor en el ejercicio de sus derechos de libertad religiosa (art. 16) y de integridad física y moral (art. 15). Es decir, la demanda cuestionaba las dos bases que sustentaban la condena del Tribunal Supremo: de una parte, que el consentimiento del menor fuera irrelevante, y de otra, que fuera exigible a los padres actuar en contra de la decisión que su hijo había tomado en el ejercicio de sus derechos constitucionales, sobre todo teniendo en cuenta que los propios médicos y la autoridad judicial habían desistido de realizar la transfusión por la negativa del menor a someterse a la misma. De la argumentación cabe inmediatamente deducir que sólo se planteaba la conculcación del derecho a la libertad religiosa de los padres de una manera colateral. Así es, los demandantes a lo largo de toda la tramitación mantuvieron que constituía “[una] evidente e inconstitucional distorsión del asunto presentar el problema como un conflicto entre la libertad religiosa de los padres recurrentes y el resultado de muerte de su hijo opuesto a la aceptación de transfusiones de sangre”.

A dicha argumentación contestó el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, negando que la Sentencia del Tribunal Supremo vulnerara los derechos reconocidos en los arts. 15 y 16.1 de la CE. Dos fueron los argumentos esgrimidos: a) de una parte, la incapacidad legal del menor para tomar una decisión irrevocable acerca de su vida o muerte, incapacidad que conlleva que sean los padres, como garantes de la vida del menor, los que tengan que adoptar todas las decisiones sobre el tratamiento aplicable a su hijo; y, b) de otra, que los padres mantuvieron el dominio de la situación en todo momento, haciendo siempre su voluntad sin entregar ni a la autoridad judicial ni a los médicos dicho dominio, lo que les convertía en garantes que habían incumplido su deber de velar por el hijo menor. El concepto de garante aplicado a los actores por la Sentencia del Tribunal Supremo –acababa concluyendo el Ministerio Fiscal– carece de dimensión constitucional.

El primer argumento utilizado por el Ministerio Fiscal resultaba incontestable a la luz de la propia jurisprudencia anterior del Tribunal Constitucional: el derecho que le asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus propias convicciones está sometido a límites, en concreto queda sometido a la consideración de que en todo caso es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y en su caso por los órganos judiciales (SSTC 215/1994, de 14 de julio, 260/1994, de 3 de octubre, 60/1995, de 17 de marzo y 134/1999, de 15 de julio). El segundo argumento introducía una tesis que, no siendo respuesta a la demanda, constituye, de una parte, el obstáculo más importante para que el Tribunal Constitucional pudiera admitir el amparo y, de otra, el fundamento de la argumentación que condujo finalmente al Tribunal Constitucional a otorgar el amparo.

Analicemos, en primer lugar, por qué esta tesis constituía un obstáculo a la admisión del amparo. Para el Ministerio Fiscal, la Sentencia del Tribunal Supremo se había limitado a subsumir, de una manera razonada y fundada en derecho, el supuesto fáctico en la legalidad ordinaria y, por ello, el supuesto sometido al amparo carecía de dimensión constitucional. Lo que el Ministerio Fiscal estaba recordando al Tribunal Constitucional cuando hacía esta afirmación era que el art. 44.1 b) de la LOTC prohíbe que en amparo se entre a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso donde se produjo la violación del derecho fundamental y que el art. 54 de la misma ley limita la función del Tribunal Constitucional a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante, para preservarlos, absteniéndose de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales. Como resultado de ambas normas, que se fundamentan en el art. 117.3 CE, el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones que la selección de las normas aplicables a los hechos, así como su interpretación, es tarea atribuida a los Jueces y Tribunales por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria, operando el control constitucional sólo en los casos excepcionales en los que la selección de la norma se ha realizado de una manera arbitraria o manifiestamente irrazonable, o ha sido fruto de un error patente<sup>1</sup>.

La tesis del Ministerio Fiscal era difícil de contestar. Por una parte, el Tribunal Constitucional ya debía tener claro que no cabía plantear el amparo desde la perspectiva de la vulneración de los derechos del menor, tanto porque la sentencia del Tribunal Supremo a lo más estaría vulnerando el derecho a la libertad religiosa de los padres, como porque no cabe concluir que los derechos constitucionales del menor le faculten a tomar una decisión irreversible sobre su vida. Por otra, resultaba complicado refutar que el Tribunal Supremo había realizado una operación de subsunción, no arbitraria y sí razonable, de los hechos en la legalidad aplicable. A nuestro juicio, esta dificultad constituye el principal motivo por el que el Tribunal Constitucional decide, en uso de las atribuciones que le concede el art. 84 LOTC, conceder un plazo de 10 días al recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimaran pertinente sobre la relevancia que para la decisión pudiera tener lo dispuesto en el art. 25.1 CE. De esta manera el Tribunal Constitucional trataba de dar una oportunidad al recurrente para que planteara

---

<sup>1</sup> Sobre esta problemática puede consultarse GENEROSO HERMOSO, F.; BERNARDO DE BUSTOS, M.T.; GÓMEZ SOBRINO, E., *Práctica del recurso de amparo constitucional*, Dykinson, Madrid, 1988, pp. 125 y ss.



su demanda alegando la vulneración de otro derecho constitucional, lo que permitiría un enfoque distinto de la cuestión.

Efectivamente, los recurrentes podrían haber alegado que la condena del TS vulneraba el art. 25 de la CE porque dicho principio permite interpretar qué conductas, que constituyan el ejercicio legítimo de un derecho constitucional, no pueden ser valoradas como constitutivas de un delito. Con ello, los recurrentes hubieran podido argumentar que las sentencias impugnadas del Tribunal Supremo vulneraban el derecho a la legalidad penal por no haber examinado correctamente, mediante la oportuna ponderación de intereses sobre la base del principio de proporcionalidad, si la acción subsumible en el tipo penal constituía a su vez el legítimo ejercicio de la libertad religiosa. Por esta razón, al final de la sentencia, (Fundamento Jurídico 16) el Tribunal Constitucional concluye que la vulneración del principio de legalidad penal es inherente a la vulneración del derecho a la libertad religiosa de los padres, que es tanto como decir que la ley penal no puede sancionar el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales, o que el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales define lo que la ley penal prescribe en el caso concreto.

Sin embargo, ni los recurrentes ni el Ministerio Fiscal entendieron, a nuestro parecer, por qué el TC les ofrecía un plazo para alegaciones en relación con el art. 25.1 CE. Por el contrario, tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal contestaron a la solicitud del Tribunal Constitucional estudiando el caso desde la perspectiva de la aplicación retroactiva del art. 11 del CP de 1995 a unos hechos sucedidos con anterioridad: el recurrente entendía vulnerado el principio de legalidad del art. 25.1 CE porque el art. 11 del CP de 1995 carecía de homólogo en el CP de 1973, y el Ministerio Fiscal argumentaba la constitucionalidad de la aplicación del art. 11 del CP de 1995 porque en el CP de 1973 también se castigaba el homicidio en comisión por omisión. Del silencio de la Sentencia del TC sobre estos alegatos cabe deducir su falta de trascendencia, lo que dejaba la situación en el mismo estado que antes.

Finalmente el Tribunal Constitucional encontró una manera lógica y razonable de abordar el supuesto que se sometía a amparo:

a) Dado que el recurso de amparo se dirige contra el pronunciamiento del Tribunal Supremo que condena a los padres del menor ha de entenderse que la vulneración constitucional denunciada es la del derecho a la libertad religiosa de los recurrentes, aunque dicha vulneración sólo se haya planteado de una manera colateral en la demanda de amparo. En cualquier caso, señala el Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico 1.º), la actitud omisiva de los padres –que es lo que se sancionó penalmente– fue fundamentada por los recurrentes en dicho derecho, que fue oportunamente invocado en los respectivos procedimientos.

b) La tesis del Ministerio Fiscal, según la cual la subsunción del supuesto fáctico en la legalidad ordinaria carece de relevancia constitucional, no es admisible porque hace supuesto de la cuestión debatida. En palabras del propio Tribunal: “los derechos y obligaciones que surgen en el ámbito de las relaciones humanas –concretados por las normas que estructuran la llamada legalidad ordinaria- son válidos y eficaces en la medida en que su contenido no rebasa el marco constitucional, respetando los límites propios de los derechos fundamentales” (Fundamento Jurídico 11.º). De ahí que los órganos judiciales no puedan configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales, y si lo hicieran sus pronunciamientos estarán sometidos al control constitucional<sup>2</sup>. Establecida la legitimación para entrar a examinar la constitucionalidad de la aplicación del concepto de garante a los padres en los hechos objeto del recurso, el Tribunal Constitucional pasa a examinar la cuestión que se debate.

c) En el supuesto de hecho enjuiciado los padres se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión, por lo que la condena del Tribunal Supremo versa sobre la posterior negativa a convencer a su hijo de que se sometiera a la transfusión y sobre la negativa a autorizar la misma en momentos posteriores. Pues bien, exigir de los padres, que no han impedido la intervención de la autoridad judicial para suplir su obligación de velar por la vida del menor, que realicen conductas radicalmente contrarias al propio núcleo de sus convicciones religiosas supone exigir un sacrificio del derecho fundamental a la libertad religiosa que va más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante: la vida del menor. Por ello la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias y debe concederse el amparo. Como anteriormente señalábamos, en un cortísimo Fundamento jurídico posterior, el número 16.º, el Tribunal Constitucional afirma que la vulneración del principio de legalidad es inherente a la vulneración del derecho de libertad religiosa.

---

<sup>2</sup> Lo cierto es que no es la única sentencia del TC en la que se plantea que la jurisdicción exclusiva que confiere el art. 117.3 de la Constitución a los órganos judiciales no impide que el Tribunal Constitucional entre a revisar la interpretación judicial de la leyes cuando de ella puedan resultar afectados derechos fundamentales y libertades públicas, pues en tal caso la interpretación y aplicación de la norma adquiere relevancia constitucional. Véase la STC 39/1992, de 30 de marzo que cita jurisprudencia anterior.

### III. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA PROTECCIÓN DEL MENOR

#### 1. Libertad religiosa y objeción de conciencia

La Constitución española garantiza, en su artículo 16, la libertad religiosa<sup>3</sup> (junto a la ideológica y de culto), de los individuos y de las comunidades. Consecuentemente, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR) establece el derecho de toda persona a las manifestaciones que se comprenden en la libertad religiosa y de culto garantizadas por la Constitución, con la consiguiente inmunidad de coacción<sup>4</sup>. De manera específica, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores “derecho a la libertad de ideología, **conciencia** y religión”<sup>5</sup> (Fundamento Jurídico n.º 6 y Fundamento Jurídico 9 a). Adviértase, el reconocimiento en el último texto de la libertad de conciencia, junto a la libertad ideológica y religiosa, mención que no encontramos en el texto constitucional ni en su desarrollo en la LOLR<sup>6</sup>.

Quedan garantizados, por tanto, la libertad religiosa como **principio informador** de nuestro ordenamiento, y el derecho a la libertad religiosa, como **derecho subjetivo**. El primero vincula constitucionalmente al Estado, en su legislación y actuación, al efectivo reconocimiento y garantía del segundo, del derecho a la libertad religiosa (Fundamento jurídico n.º 6).

Como principio informador asumido por el Estado, éste se obliga al reconocimiento pleno y el consiguiente respeto del derecho de libertad religiosa<sup>7</sup>. Este principio atribuye al Estado una posición más independiente y, por supuesto, menos sectaria respecto a las diferentes confesiones religiosas y le impone la obligación de respetar plenamente el

---

<sup>3</sup> 1. “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades (...)”.

<sup>4</sup> Cfr. Art. 2.1 LOLR.

<sup>5</sup> Cfr. art. 6.1 de la Ley.

<sup>6</sup> El texto constitucional se aleja en este punto de los textos internacionales a que hace referencia el art. 10.2 CE.

<sup>7</sup> Cfr. VILADRICH, P.J., “Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español”, en GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M. (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona, 1980, p. 269. También, CALVO ÁLVAREZ, J., *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, EUNSA, Pamplona 1983, pp. 223-227.

derecho de los ciudadanos a profesar y practicar sus creencias<sup>8</sup>. Al mismo tiempo, considerado el hecho religioso en cuanto hecho social, el Estado no puede permanecer pasivo o indiferente ante el mismo, sino que ha de favorecer y facilitar la libertad religiosa, ya que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La aconfesionalidad del Estado, principio informador complementario del anterior, es además compatible con la obligación constitucional impuesta al Estado de cooperar con las confesiones religiosas: “Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación (...)”<sup>9</sup> (Fundamento Jurídico n.º 6).

Como derecho subjetivo, por la libertad religiosa, con la consiguiente inmunidad de coacción<sup>10</sup>, se garantizan sus dos dimensiones fundamentales: la interna y la externa. Es decir, la libertad religiosa “garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual” (STC 177/1996), y asimismo, junto a esta dimensión interna, esta libertad (...) incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas (SSTC 19/1985, FJ 2; 120/1990, FJ 10, y 137/1990, FJ 8)” (Fundamento jurídico n.º 6).

Hemos hecho notar más arriba, la ausencia en el texto constitucional, y en la LOLR, de la **libertad de conciencia**, a diferencia de sus precedentes en las declaraciones internacionales de derechos, que en aquéllas se incluye junto a otras libertades. Efectivamente, en los textos internacionales, se menciona a la libertad religiosa junto a la

---

<sup>8</sup> Como se ha dicho: “La Constitución de 1978 establece que la fe religiosa es libre de Estado en la configuración democrática del Estado español, que éste es, como Estado, radicalmente incompetente ante el acto de fe y que sólo pretende en esta materia ser Estado, esto es, ni coartar, ni sustituir, ni tampoco concurrir con sus ciudadanos en la fe”, vid. VILADRICH, P. J.; FERRER ORTIZ, J., en NAVARO-VALLS, R. (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado*, EUNSA, Pamplona 1993, p.193.

<sup>9</sup> Cfr. Art. 16.3 CE.

<sup>10</sup> Cfr. Art. 2 LOLR.

libertad de pensamiento y de conciencia<sup>11</sup>. Como señala ROSSELL, “la doctrina eclesiasticista española no es unánime al intentar explicar el contenido de cada uno de los derechos enunciados en el artículo 16 y mostrar las posibles equivalencias de éstos con los recogidos en los textos internacionales. El problema se plantea con los derechos de libertad de pensamiento y de conciencia que en la Constitución tienen su correlato en el derecho de libertad ideológica”<sup>12</sup>. Y, de acuerdo con el mismo autor, “el verdadero

---

<sup>11</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 18: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”; Convenio Europeo para la Protección los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950, en su artículo 9: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, en su artículo 18: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

<sup>12</sup> ROSELL, J., “El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *ADEE*, v. 15, 1999, p. 93. Y añade: “La cuestión no deja de tener un trasfondo ideológico ya que, dependiendo del autor que trate el problema la solución que dará al interrogante será distinta. Y es que, mientras unos autores hacen referencia a la libertad de pensamiento como libertad que engloba el resto, otros defienden la tesis de una libertad religiosa subordinada a la ideológica y otros aluden a la autonomía de la libertad de conciencia frente a la ideológica y religiosa”, *Ibid.* pp. 93 y 94.

problema no radica en qué se entiende por cada uno de estos derechos sino si efectivamente nuestro ordenamiento protege y garantiza el ejercicio de los mismos en condiciones de igualdad y libertad”<sup>13</sup>.

La conciencia es “el juicio de moralidad sobre una acción singular o concreta; no es, pues, conciencia la decisión que se tome en conformidad -o en disconformidad- con dicho juicio” (...); **la libertad de conciencia** -al igual que las libertades de pensamiento y religiosa en sus respectivos campos- ampara esa decisión, como manifestación suya que es, así como la correspondiente conducta”<sup>14</sup>. De acuerdo con esta concepción la libertad de conciencia se ocupa de proteger un ámbito del individuo que escapa a la posible protección que le brindan la libertad de pensamiento y la libertad religiosa. Es por tanto una libertad en cierta medida independiente de las otras, autónoma; aunque pueda traer su causa en aquéllas en cuanto a la formación del juicio moral, esto no significa que no se trate de una libertad autónoma e independiente<sup>15</sup>.

No se pone en duda, que tanto la doctrina como el derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia, y así lo afirma nuestro Tribunal Constitucional: “tanto la doctrina como el derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma” (STC 15/1982, de 23 de Abril, Fundamento jurídico 6)<sup>16</sup>.

La relación entre la libertad de conciencia y la objeción de conciencia resulta evidente, y respecto al caso en que la objeción es a un tratamiento médico se explica, de manera sencilla, de la siguiente forma: “se presenta en la actuación del enfermo que rechaza la terapéutica y la de sus representantes legales que no la autorizan o la

---

<sup>13</sup> Ibid. p.94.

<sup>14</sup> HERVADA, J., “Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica”, *Persona y Derecho*, n.º 11, 1984, pp. 46.

<sup>15</sup> Esta opinión es seguida por una gran parte de la doctrina, aunque algunos no le reconocen esa independencia y autonomía de las libertades ideológica y religiosa y para otros los derechos a éstas son consecuencia de la libertad de conciencia. Cfr. ROSELL, J., *El concepto y contenido...*, art. cit., passim.

<sup>16</sup> Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I. (coord.), *Manual de prácticas de derecho eclesiástico (Jurisprudencia española)*, Civitas, Madrid 1996, p. 136.

administran. Aquí el tema ya no es de libertad de pensamiento ni religiosa, sino de libertad de conciencia, porque se trata de la actuación concreta y singular, que la conciencia señala como inmoral”<sup>17</sup>.

Con carácter general, se ha dicho, que la objeción de conciencia consiste en la negativa del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible (ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o resolución administrativa)<sup>18</sup>.

Se ha discutido sobre el carácter propio o impropio de la objeción, a la que se ha denominado objeción de conciencia a los tratamientos médicos<sup>19</sup>. Para algunos autores de objeción de conciencia en sentido **propio** sólo puede hablarse cuando se da una oposición, por motivos de conciencia, a los deberes que resultan jurídicamente exigibles<sup>20</sup>, y, en la medida en que el tratamiento médico sólo en ciertos casos lo es<sup>21</sup>, la mayoría de las veces en que se produce esta objeción nos encontramos con una objeción impropia<sup>22</sup>. Podría plantearse, sin embargo, si la objeción al tratamiento médico

---

<sup>17</sup> HERVADA, J., *Libertad de conciencia...*, art. cit., p. 48.

<sup>18</sup> V. NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN J., *Las objeciones de conciencia en el derecho comparado*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p.14. En una definición más amplia, se podría afirmar que “la objeción de conciencia incluye toda pretensión contraria a la ley motivada por razones axiológicas -no meramente psicológicas-, de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento, o incluso, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley que es contraria al personal imperativo ético”, *ibid.*, pp. 14-15.

<sup>19</sup> El primer estudio sobre esta cuestión así lo denominó y esta terminología se ha venido manteniendo en la doctrina. NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J.; JUSDADO M. A., “La objeción de conciencia a los tratamientos médicos: Derecho comparado y derecho español”, en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Prof. Pedro Lombardía*, EDERSA, Madrid, 1989.

<sup>20</sup> NAVARRO-VALLS, R., “La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español”, en *ADEE*, vol. II, 1986, p. 261; PECES-BARBA, G., “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en *ADH* n.º 5 (1988-89), p. 168.

<sup>21</sup> Casos de vacunaciones que exigen de los poderes públicos la actuación para preservar la salud pública.

<sup>22</sup> NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia...* cit., p. 122.

por parte de los padres o de los representantes legales del menor o incapaz, no supone, en realidad, la negativa al cumplimiento de un deber exigible, y consecuencia, si no cabría, en ese supuesto concreto, hablar de objeción de conciencia propia.

Pero a esta conducta negativa a someterse a determinados tratamientos médicos, por motivos de conciencia, se enfrenta el comportamiento activo exigido por su profesión a los facultativos de intervenir para preservar la vida o la salud. Colisionan, en este caso, dos actuaciones en conciencia contrarias, la del paciente que no está dispuesto a recibir un tratamiento que según su conciencia es inmoral, y la del médico al que su código deontológico obliga a actuar para curar o salvar la vida según los casos<sup>23</sup>. Concurren, también, en esta objeción de conciencia, además de aspectos deontológicos, aspectos jurídicos, en particular, “otros derechos de la persona, como el derecho sobre el propio cuerpo, el derecho a la intimidad personal y familiar, y el derecho-deber que corresponde a los padres en relación con la vida, salud y educación de sus hijos. Derechos que, al producirse una objeción de conciencia en ese ámbito, entran en colisión con dos intereses públicos de primer orden: el interés del Estado en preservar la vida y la salud de sus ciudadanos, y el interés en mantener la integridad ética de la profesión médica, cuyo objeto es procurar la salud de quienes se confían a su cuidado”<sup>24</sup>.

Resulta evidente, respecto del caso que contemplamos, la falta de calificación por el TC del supuesto como objeción de conciencia. Ni en el caso de la conducta omisiva de la debida autorización de los padres, ni respecto a la consideración del hecho de la negativa del menor al tratamiento médico, nuestro TC hace referencia a que estemos en presencia de supuestos de objeción de conciencia. El tratamiento de la cuestión se hace desde la perspectiva del ejercicio del derecho de libertad religiosa y los límites al mismo a norma del art. 16 del texto constitucional y del art. 3.1. de la LOLR.

Es posible que no sea ajena a esta omisión la falta de unidad sistemática del tratamiento de la objeción de la objeción de conciencia por nuestros tribunales, y en concreto por el Tribunal Constitucional. Como se ha afirmado, “los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional difícilmente permiten una integración, en un cuerpo doctrinal preciso, la cobertura de la objeción de conciencia en nuestro

---

<sup>23</sup> Cfr. NAVARRO-VALLS; R.-MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, p. 119.

<sup>24</sup> Vid. *Ibid.* p. 121.



ordenamiento jurídico”<sup>25</sup>. En efecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 161/1987, desvincula la objeción de conciencia de la norma constitucional que garantiza la libertad religiosa o ideológica, es decir, el artículo 16.1 de la Constitución: “la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro derecho o en derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que se admita excepcionalmente respecto a un deber concreto”<sup>26</sup>.

Sin embargo, a esta toma de postura, se opone con la sentada en la STC 53/1985, en la que se señala: “por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, [...] existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, y como este Tribunal ha indicado en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales” (Fundamento jurídico n.º 14)<sup>27</sup>.

Tal integración, en opinión de NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN, “sólo es posible si partimos de la sentencia 161/1987 como regla genérica, y atendemos después a los demás pronunciamientos como limitados a específicas manifestaciones de objeción de conciencia. Por tanto, debemos entender, bajo este criterio, que en el ordenamiento jurídico español no se reconoce un derecho fundamental a la objeción de conciencia, limitándose el reconocimiento del mismo -bajo la categoría, a lo sumo, de derecho constitucional autónomo- a deberes legales concretos”.

En efecto, la objeción de conciencia al servicio militar, a la que se refieren las Sentencias del Tribunal Constitucional 160 y 161 de 1987, es la única modalidad de objeción de conciencia que aparece en el texto constitucional, concretamente en su art. 30.2. Nuestro Alto Tribunal ha considerado en las citadas sentencias que tal modalidad

---

<sup>25</sup> Ibid. p. 23.

<sup>26</sup> Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I. (coord.), *Manual de practicas...*, Civitas, Madrid 1996, p. 167.

<sup>27</sup> Ibid. p. 194. Esta postura se reafirma todavía con mayor claridad en la STC 15/1982, de 23 de abril, referida a la objeción de conciencia al servicio militar, en la que se lee: “puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica que nuestra Constitución reconoce en su artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española”. Ibid. p. 136.

de objeción no debe tutelarse bajo el art. 16 (libertad ideológica y religiosa), sino que es un derecho autónomo respecto de dichas libertades. Por tanto, a la objeción de conciencia al servicio militar no se le ha dispensado en la jurisprudencia constitucional el máximo grado de protección que se reserva, según el art. 53 CE, a los derechos fundamentales (arts. 15 a 29 CE).

Sin embargo, el resto de las objeciones de conciencia a las que el Tribunal Constitucional se ha aproximado, (por ejemplo, objeción de conciencia laboral -STC 19/85-; objeción de conciencia al aborto -STC 53/1985-; objeción de conciencia a los tratamientos médicos -STC 120 y 137/1990 y la presenten sentencia que comentamos), aun sin emplear el término objeción de conciencia para calificarlas (salvo en el caso de la objeción de conciencia al aborto), lo cierto es que las ha protegido como parte del contenido de la libertad ideológica y religiosa (art. 16), y, por tanto, se les ha dispensado el máximo grado de protección constitucional del que disfrutaban los derechos fundamentales.

Esto, por supuesto, con independencia de que se pueda hablar de la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia como derecho fundamental, o, por el contrario, de concretos actos u omisiones contrarios a deberes jurídicos, cuya causa pueda encontrarse, en último término, en la libertad ideológica y religiosa. Con ser esta una importante diferencia teórica, en cuanto a la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia, en la práctica su protección constitucional se viene instrumentando a través del cauce del art. 16, es decir, con el máximo nivel tuitivo dispensado por nuestra Constitución a los derechos fundamentales.

En particular, la objeción de conciencia a los tratamientos médicos, la jurisprudencia española la ha abordado desde una perspectiva limitada a supuestos de negativas al tratamiento con transfusiones de sangre. Si observamos la casuística que sobre la objeción de conciencia se ha producido en el derecho comparado ésta es mucho más amplia<sup>28</sup>.

Es evidente, que el TC en este caso ha adoptado, sin mencionarla, la consideración de la objeción de conciencia en el sentido de que la misma forma parte del contenido del

---

<sup>28</sup> Cfr. NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia...* cit.; PALOMINO, R., *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el Derecho norteamericano*, Montecorvo, Madrid 1994; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea*, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. IX, 1993.

derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, en el sentido de la STC 53/1985, arriba recogida. Por esto, analizaremos la jurisprudencia concreta de nuestros tribunales en materia de objeción de conciencia a los tratamientos médicos, que lógicamente debería haber seguido ahora, encuadrándola en los límites de la libertad religiosa.

El reconocimiento y garantía del derecho a la libertad religiosa del art. 16 de nuestra constitución, tiene como único límite, en sus manifestaciones, el necesario para el mantenimiento de orden público protegido por la ley<sup>29</sup>.

En desarrollo del precepto constitucional, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que tomó su redacción del art. 9.2<sup>30</sup> del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en su art. 3.1 estableció que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática”<sup>31</sup>.

La dificultad estriba en la concreción de los límites<sup>32</sup>, es decir, hasta dónde se puede expandir el ejercicio de un derecho, porque es necesario proteger el derecho de los

---

<sup>29</sup> “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

<sup>30</sup> “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

<sup>31</sup> La diferencia que existe entre los dos textos es la inclusión en el Convenio europeo del orden público como un elemento limitador más. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., ha puesto de relieve que con esta fórmula “se pretende ocultar que la Constitución señala un límite menor que la Convención; y en la Ley de Libertad Religiosa se señalan como límites los de la Convención, que son más amplios que los de la Constitución”, vid. *Derecho Eclesiástico Español*, Madrid 1995, p. 315.

<sup>32</sup> Como señala SOUTO: “No existe un orden o jerarquía entre tales derechos, ni criterios precisos para su propia delimitación en caso de colisión o conflicto. Será, por tanto, la decisión judicial o constitucional a que, en cada caso concreto, respetando el contenido esencial de cada

demás al ejercicio de los suyos, o como bien se ha dicho, “el problema está en determinar en qué momento el ejercicio de un derecho comienza a ser abusivo dejando de merecer la protección del ordenamiento y pudiendo incluso ser objeto de represión”<sup>33</sup>. Así se refleja en el Fundamento Jurídico n.º 7: “La respuesta constitucional (...), sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho -que no es ilimitado o absoluto- a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que, conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 limita sus manifestaciones”.

Pero antes, conviene, dada la dificultad de la tarea, no sólo para el jurista sino también y en especial para nuestros tribunales, no olvidar el criterio restrictivo que debe presidir la interpretación y aplicación de las limitaciones a los derechos fundamentales, y especialmente, cuando aquéllas se impongan al ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, tan estrechamente unido a la dignidad de la persona. Como acertadamente ha señalado nuestro Tribunal Constitucional: “la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras del mismo. De ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”<sup>34</sup>. Es más, ante las libertades del art. 16.1, y en concreto refiriéndose a la libertad ideológica, y *mutatis mutandis*, a la libertad religiosa, el Tribunal Constitucional refuerza el criterio: “queremos destacar la máxima amplitud con que la libertad ideológica está reconocida en el art. 16.1 de la Constitución, por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el art. 10.1, de otras libertades y derechos fundamentales”<sup>35</sup>.

Y además, “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC

---

derecho fundamental y las circunstancias concretas, precise los límites de los derechos en conflicto”. SOUTO PAZ, J. A., *Derecho Eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y de creencias*, Marcial Pons, Madrid 1995, p. 109.

<sup>33</sup> COMBALÍA, Z., “Los límites del derecho de libertad religiosa”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico del Estado*, Eunsa, Instituto Martín de Azpilcueta, Pamplona 1994, p. 469.

<sup>34</sup> STC 159/1986, de 16 diciembre 1986 (Fundamento jurídico n.º 5).

<sup>35</sup> STC 20/1990 de 27 junio 1990 (Fundamento Jurídico n.º 4).

69/1982, FJ 5, y 13/1985, FJ 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, FJ 7), y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FFJJ 4 a 6; 12/1990, FJ 8, y 137/1990, FJ 6)”.

Ahora bien, esos límites solo pueden imponerse, según el precepto constitucional, y la LOLR, a las manifestaciones, es decir a la dimensión externa del ejercicio de la libertad religiosa.

Tanto doctrina como jurisprudencia, y como hemos señalado más arriba, recoge la sentencia (Fundamento jurídico n.º 6), vienen realizando esta distinción en el seno del contenido de la libertad religiosa, de modo que, al referirse a aquélla, se distingue entre la vertiente interna del derecho (que comprendería la libertad de creer) y la externa del mismo (entendida como libertad para comportarse de acuerdo con tales creencias). Como dice el Tribunal Constitucional, “la libertad ideológica..., no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos”<sup>36</sup>.

Es más, “el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente” (Fundamento jurídico n.º 7)<sup>37</sup>. Estos límites, continúa la sentencia, son “expresión o manifestación de que, en general, los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto. Y recuerda que “los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos”<sup>38</sup> (SSTC 11/1981, FJ 7, y 1/1982, FJ 5, entre otras)”, y que, “en todo caso, las

---

<sup>36</sup> STC 120/1990 de 27 junio 1990, Fundamento Jurídico n.º 10. En el mismo sentido, SSTC 15/1982 de 23 abril 1982, 19/1985 de 13 febrero 1985 y 166/1996 de 28 octubre 1996.

<sup>37</sup> Cfr., también, STC 141/2000, de 29 de mayo, (Fundamento Jurídico n.º 4).

<sup>38</sup> STC 57/1994, de 28 de febrero, (Fundamento Jurídico n.º 6), citada en la STC 58/1998, de 16 de marzo (Fundamento Jurídico n.º 3).

limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, FJ 3) (Fundamento Jurídico n.º 8”).

Como señalamos arriba, y recoge la sentencia, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en consonancia con el precepto constitucional y con el art. 14.1 de la Convención de los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989<sup>39</sup> reconoce “el derecho del niño a la libertad de ideología, conciencia y religión” (art. 6.1) cuyo ejercicio “tiene únicamente las limitaciones prescritas por la ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás” (art. 6.2)” (Fundamento jurídico n.º 9). Reitera el Tribunal su doctrina de la STC 141/2000 de 29 mayo de 2000 sobre el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales, por los menores y en concreto del derecho a la libertad religiosa: “desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC. o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)”. Recoge también la conclusión en dicha sentencia, respecto de esta cuestión, que, en consecuencia, “sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el ‘superior’ del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann)”<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 31 de diciembre de 1990.

<sup>40</sup>. Un comentario de la STC 141/2000 de 29 mayo de 2000, por RODRIGO LARA, M. B., “La libertad religiosa y el interés del menor”, en *ADEE*, vol. 17, pp. 409-419. El caso Hoffmann, se declara discriminatoria contra la madre una sentencia de la Corte Suprema de Austria que le retiraba la custodia de los hijos por causa -entre otras razones- de sus creencias religiosas como

¿Incluye el derecho a la libertad religiosa del menor la negativa al tratamiento médico de la trasfusión? Evidentemente sí. Así lo reconoce la sentencia: “El menor expresó con claridad, en **ejercicio de su derecho a la libertad religiosa** y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico. Es éste un dato a tener en cuenta, que en modo alguno puede estimarse irrelevante y que además cobra especial importancia dada la inexistencia de tratamientos alternativos al que se había prescrito” (Fundamento jurídico n.º 9)<sup>41</sup>.

## 2. El principio de proporcionalidad

En los hechos que dan lugar al recurso de amparo se evidencia un conflicto entre el derecho de libertad religiosa (art. 16 CE) y el derecho a la vida e integridad física y moral del menor (art. 15 CE). Para resolver el conflicto entre estos derechos, todos fundamentales, el Tribunal Constitucional utiliza el principio de proporcionalidad. Ello nos exige detenernos a explicar en qué consiste este método hermenéutico, sin ánimo de analizar exhaustivamente el concepto.

Conforme a su caracterización convencional<sup>42</sup>, se entiende por proporcionalidad (también denominada “prohibición de exceso”) el principio constitucional en virtud del

---

testigo de Jehová, lo cual implicaría un hipotético riesgo para la vida de los hijos debido al inflexible rechazo de hemoterapia por parte de los miembros de esa secta (STEDH, de 23 de junio de 1993). Un comentario con detalle sobre esta sentencia en MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *La libertad religiosa en los últimos...*, art. cit. pp. 56 y ss.

<sup>41</sup> Junto a la libertad religiosa ejercitó también su derecho a la integridad física: De las consideraciones precedentes cabe concluir que, para el examen del supuesto que se plantea, es obligado tener en cuenta diversos extremos. En primer lugar, el hecho de que el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física (Fundamentos Jurídicos n.º 9 y 11).

<sup>42</sup> Sin perjuicio de su origen en el seno del Derecho Penal el principio de proporcionalidad se elaboró técnicamente en el Derecho Administrativo como canon de control de la intervención administrativa, primero en la actividad política y después en las actividades de prestación y planificación. Véase BARNES, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público* n.º 5, 1998, p.24.

Posteriormente, al consagrarlo la Ley Fundamental alemana como defensa de los derechos fundamentales especialmente frente al legislador ordinario, se incorporó al Derecho Constitucional. De ahí que la construcción de este principio haya tenido lugar en el seno de la dogmática alemana,

cual la intervención pública ha de ser, en primer lugar, idónea, es decir, útil para alcanzar la finalidad perseguida; en segundo lugar, debe ser necesaria, por ser imprescindible, ya que no hay otra media menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos para conseguir el fin propuesto<sup>43</sup>, y, por último, “proporcional en sentido estricto”. Es decir, la intervención pública ha de ser, además de útil e imprescindible, ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros valores, bienes o, particularmente, derechos o libertades en conflicto<sup>44</sup>.

Nuestro Alto Tribunal ha venido utilizando este principio desde hace ya tiempo aunque lo ha hecho de forma parcial, fragmentaria y en general oscura, explicitando su uso en algunas ocasiones y en otras no. En efecto, no es sino hasta las SSTC 66/1995, de 8 de mayo (en relación con una medida administrativa impeditiva de un derecho fundamental), 55/1996, de 28 de marzo (en relación con el legislador) y 207/1996 de 16 de diciembre (en relación con una medida judicialmente adoptada), que el Tribunal Constitucional, por primera vez, teoriza el principio de proporcionalidad en su formulación dogmáticamente correcta y completa, por lo que hasta fechas recientes no se ha destacado su valor como instrumento eficaz en la ponderación de bienes y derechos constitucionalmente protegidos<sup>45</sup>.

En el ámbito de la interpretación constitucional cuando se trata de resolver conflictos entre derechos fundamentales y otros bienes o valores constitucionalmente protegidos, el principio de proporcionalidad aparece como un instrumento particularmente adecuado. No obstante, el triple test -idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto- se

---

que le ha dado su forma actual, y de cuyas fuentes ha bebido la propia jurisprudencia constitucional europea y española. En cuanto a su difusión hay que señalar que representa uno de los ejemplos más paradigmáticos del emergente Derecho Público europeo, del nuevo *ius commune*, que parece alumbrarse como consecuencia de la constante y recíproca interacción entre las instituciones europeas (señaladamente, el TEDH y el TJCE) y los ordenamientos nacionales, especialmente en el ámbito de los principios generales del derecho y de los derechos fundamentales. Véase BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en *RAP*, septiembre-diciembre 1994, n.º 135, p. 501.

<sup>43</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano conoce el subprincipio de necesidad con la muy adecuada denominación de *less restrictive means test*.

<sup>44</sup> HERZOG, en MAUNZ; DURIG, *Grundgesetz Kommentar*, Art. 20, núms. marg. 74-76, cit. por BARNES, *Introducción...* cit., p. 500.



aplica más fácilmente en el ámbito de la eficacia vertical de los derechos fundamentales (eficacia frente al Estado), siendo algo más complicado en el ámbito de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o al operar éstos en las relaciones entre particulares.

Efectivamente, los derechos fundamentales, como normas objetivas de principio, despliegan su eficacia en todas direcciones y ámbitos jurídicos, y también, por supuesto, de forma horizontal entre particulares, pero esta eficacia suya es indeterminada en extensión e intensidad, con tendencia natural a la asimetría. Si no se llega a una ponderación, ciertos contenidos de un derecho fundamental pueden extenderse a costa de contenidos propios de otro derecho fundamental, o frente a otros titulares de derechos fundamentales. De modo que, como ha expuesto ALEXY<sup>46</sup>, debe encontrarse una relación condicionada de preeminencia, referida al caso concreto. Por ello, la proporcionalidad que se emplea para alcanzar la compatibilidad entre derechos fundamentales es diferente de la noción clásica de proporcionalidad. Al faltar el punto de referencia del fin de la intervención pública, el principio de proporcionalidad aplicado a este ámbito es más bien una proporcionalidad-adequación, lo que exige algo más que una labor interpretativa. Así es, si se define la interpretación como la indagación por el contenido de algo que existe ya y que se completa, diferencia y enriquece en contenido precisamente con la labor interpretativa, resulta que la operación de ponderación sobre la base del principio de proporcionalidad para coordinar derechos fundamentales es algo más que eso porque esta labor supone crear algo. El derecho fundamental, en su dimensión objetiva-axiológica, al ser una norma-principio, es un mandato de optimización, y esta optimización depende de las diferentes posibilidades (reales y jurídicas) de realización concreta. Se trata, por tanto, no de un proceso de interpretación tradicional, sino más bien de un fenómeno jurídico-creativo, que va más allá de la interpretación, que es más atribución de sentido que aclaración de sentido<sup>47</sup>. Esto ha llevado a HUBER a afirmar que la justicia constitucional, cuando realiza este tipo de

---

<sup>45</sup> PERELLÓ DOMÉNECH, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la democracia*, 1997, pp. 69 a 75.

<sup>46</sup> ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, 1985, pp. 80 y ss., cit. por BÖKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993 (Trad. I. Villaverde Menéndez), p. 124.

<sup>47</sup> BÖKENFÖRDE, *Escritos... cit.*, pp. 126-127.

operaciones en sus sentencias “concretizando” derechos fundamentales, más parece que crea *case-law* (ley casuística) que interpreta en sentido estricto<sup>48</sup>.

La aplicación del principio de proporcionalidad, supone una concepción de los derechos fundamentales como normas de valor. Esta concepción de los derechos fundamentales no sólo como derechos subjetivos de libertad, sino como normas objetivas de valor cuya fuerza de irradiación se extiende a todos los órdenes del derecho (civil, penal, contencioso, social), comporta también que estos ámbitos del derecho quedan en cierto modo conformados constitucionalmente<sup>49</sup>. Así, ocurre en el presente caso, la interpretación de las prescripciones del Derecho Penal por el juez va a estar condicionada por el contenido objetivo de valor de los derechos fundamentales, pues las normas del Derecho Penal toman dicho contenido. Por ello, la interpretación del contenido de las normas penales que regulan el delito de homicidio en comisión por omisión debe ser respetuosa con el derecho a la libertad religiosa de los padres, y al Tribunal Constitucional le compete velar porque se respete el contenido de dicho derecho fundamental.

Una vez aclarado el significado del principio de proporcionalidad examinemos cómo lo utiliza el Tribunal Constitucional en el supuesto que analizamos.

### 2.1. *La libertad religiosa de los padres y el interés del menor*

El objeto propio del recurso de amparo se centra en el conflicto que puede existir entre el derecho a la libertad religiosa y la condición de garante de los padres, es decir, entre la libertad religiosa de los padres, derecho fundamental reconocido por la Constitución, y su obligación de velar por la vida del menor, obligación que deriva de la propia Constitución (art. 39) y del Código Civil (arts. 110 y 154.1.º) y que se impone a los padres en interés del menor y como salvaguarda del derecho a la vida de su hijo (art. 15 CE).

Así es, la vida en su dimensión objetiva es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin que el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985 de 11 de abril y 120/1990 de 27 de junio) por lo que habrá que reconocer que el derecho a la vida del menor constituye no sólo un

---

<sup>48</sup> HUBER, H., *Die bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter der Rechtsgenossen* (1955), p. 161, cit. en BÖKENFÖRDE, *Escritos... cit.*, p. 127.

<sup>49</sup> BÖKENFÖRDE, *Escritos... cit.*, p. 111.

límite al derecho a la libertad religiosa de los padres sino que, además, constituye el derecho prevalente (Fundamento Jurídico 12.º).

Sin embargo, queda todavía por resolver si en el caso concreto exigir de los padres que realizaran conductas contrarias a sus propias convicciones religiosas –disuadir a su hijo de su oposición al tratamiento o autorizarlo en contra de las creencias propias y del menor- resultaba necesario para la satisfacción del bien al que se reconoce valor preponderante: el derecho a la vida del menor. En efecto, como hemos visto antes el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante. Es decir, hay que examinar si para salvaguardar el derecho a la vida del menor resultaba necesario que los padres actuaran en contra de sus convicciones religiosas. Esta cuestión la abordaremos más adelante.

Que los padres ostentan la posición de garantes respecto de sus hijos menores de edad es un postulado que se acepta de forma pacífica en la literatura jurídico-penal cualquiera que sea la concepción que se mantenga respecto de tal posición de garantía<sup>50</sup>. Que el incumplimiento del deber de velar por los hijos al que se pueda imputar el resultado de muerte del menor da lugar al delito de homicidio en comisión por omisión (art. 138 en relación con el art. 11 del Código Penal), no se pone en duda por ninguna de las partes en litigio. Sobre lo que existe una grave discrepancia es acerca de

---

<sup>50</sup> Dos son fundamentalmente las posiciones que se mantienen respecto a la concepción de la posición de garante: la perspectiva formal y la material. Desde la perspectiva formal, garante es el que tiene el deber jurídico de evitar el resultado prohibido por el tipo penal, deber que surge de la ley, del contrato o de la creación del peligro. Según esta corriente los padres son garantes de la vida de sus hijos porque la Constitución (art. 39) y el Código Civil (arts. 110 y 154.1.º) les obliga a velar por ellos. Desde la perspectiva material, garante es el que cumple una función defensiva del bien jurídico, función que puede venir dada por dos situaciones distintas: bien porque el ordenamiento jurídico exija la protección de un bien jurídico concreto frente a cualquier tipo de ataques, función de protección del bien jurídico, o bien por la creación o aumento de un peligro para bienes jurídicos, función de control de ciertas fuentes de peligro. Según esta corriente los padres son garantes de sus hijos porque el ordenamiento jurídico (arts. 39 de la CE y 110 y 154.1.º del CC) les encomienda la función de protección de sus hijos. Véase MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., PPU, Barcelona, 2002, pp. 305 y ss. y LANDECHO VELASCO, C.; MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho Penal Español, Parte General*, 6.ª ed. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 268-9.

la cuestión de si los padres incumplieron -o no- su deber de velar por la vida del hijo menor.

El Tribunal Supremo, al igual que el Ministerio Fiscal, no duda que los padres no perdieron en ningún momento su posición de garantes –como lo demuestra la petición de alta del hijo en los centros hospitalarios, su doble negativa por escrito a practicar la transfusión y el traslado al domicilio familiar- y que incumplieron su deber de velar por el menor porque “al no autorizar la transfusión de sangre, no evitaron, como les era exigido, un resultado de muerte que de haber prestado su consentimiento no se hubiera producido”<sup>51</sup>. Por su parte, los recurrentes no cuestionan la posición de garantes de los padres<sup>52</sup> pero sí mantienen que dicha función no puede extravasar las exigencias de la racionalidad ni los derechos fundamentales del agente, ni mucho menos aún, los de tercero (Antecedente 6.<sup>o</sup>), y que los padres no incumplieron su obligación de velar por su hijo –lo llevaron a los hospitales y lo sometieron a los cuidados médicos- sino que, por el contrario, al respetar y respaldar su decisión de no someterse a la transfusión le estaban prestando asistencia en el ejercicio personal y legítimo de sus propios derechos constitucionales, obligación que establece para ellos el art. 6.3 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

El planteamiento de las distintas tesis obliga al Tribunal Constitucional a resolver dos cuestiones: a) Si la decisión del menor de no someterse a la transfusión vinculaba a sus padres; una respuesta afirmativa a esta cuestión, como la que mantienen los recurrentes, negaría que los padres hubieran incumplido su deber de velar por el hijo. b) Si resultaba necesario limitar la libertad religiosa de los padres para hacer efectivo el derecho a la vida del menor.

## 2.2. Relevancia constitucional de la oposición del menor a la transfusión

---

<sup>51</sup> Ésta es también la opinión que respecto al supuesto enjuiciado mantuvo ROMEO CASABONA en un comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo. Véase ROMEO CASABONA, C. M., “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto del hijo menor?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 2 (1998), pp. 334-5.

<sup>52</sup> En realidad es más que discutible que el hecho de que el juez pueda sustituir a los padres en la autorización del tratamiento suponga la pérdida de la patria potestad de los padres, mas bien se trataría de la subsanación del incumplimiento de uno de los deberes de la misma. Véase en este sentido ROMEO CASABONA, “¿Límites... cit., p. 334. En el mismo sentido se manifiesta SÁNCHEZ GONZÁLEZ, P., *La impropia llamada objeción de conciencia a los tratamientos sanitarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 123-5.

Para abordar esta cuestión el Tribunal Constitucional comienza por recordar que, conforme a lo establecido en la propia Constitución (art. 16.1), la Convención de las Naciones Unidas de Derechos del Niño (art. 14) y la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (arts. 3 y 6.1), los menores de edad son titulares plenos de su derecho a la libertad religiosa y a la integridad moral, sin que el ejercicio y la facultad de disponer de ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir los que tengan atribuida su patria potestad o guarda y custodia (STC 141/2000 de 29 de mayo). No cabe duda de que, en su negativa a la transfusión, el menor estaba ejercitando su derecho a la libertad religiosa y su derecho a la integridad física y moral, así lo reconoce el Tribunal Constitucional, cuestión distinta es la relevancia que pueda otorgarse a la oposición manifestada por el menor al tratamiento médico.

El Tribunal Constitucional aborda esta cuestión reconociendo que el ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor, pero concluye afirmando con rotundidad que “el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos ... no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto –como el ahora contemplado- que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable” (Fundamento Jurídico 10.º).

Establecida la imposibilidad de equiparar la decisión que afecta a la vida de una manera irreversible con otros actos a los que el ordenamiento concede relevancia jurídica, el Tribunal Constitucional pasa a estudiar el conflicto entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física y moral del menor con su derecho a la vida. La ponderación en este conflicto, reconoce el Tribunal Constitucional, debe tener en cuenta el principio del interés superior del menor y el carácter definitivo e irreparable de una decisión que con toda probabilidad conducía a la pérdida de la propia vida. Siendo la vida el supuesto ontológico sin el cual el resto de los derechos no tienen existencia posible el conflicto debe resolverse, en interés del menor, dando prevalencia a este derecho sobre los otros, sobre todo habida cuenta de que el derecho fundamental 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 (SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio). “En definitiva –concluye el TC- la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser” (Fundamento Jurídico 12.º).

Así pues, el Tribunal Constitucional acaba negando la capacidad al menor de edad para disponer de su propia vida. Por tanto, su negativa al tratamiento no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos habían de adoptar, y no puede afirmarse que el respeto y el respaldo que los mismos daban a la decisión de su hijo menor supusiera estar cumpliendo con su obligación de velar por el hijo.

En efecto, reconocida al menor la titularidad del derecho a la libertad religiosa, es necesario plantearse, como hace la sentencia, la trascendencia de esa negativa del menor con respeto a la acción de los médicos que pretendieron realizar la transfusión, y si en consecuencia, puede limitarse, el ejercicio de su libertad religiosa para mantener su vida. Cuando se trata de la negativa de un adulto al tratamiento hemotransfusional, parece que no es oponible, para imponer la terapia, la protección del derecho a la vida, si la decisión se ha tomado libre y conscientemente por el adulto capaz, respondiendo a un supuesto de objeción de conciencia a un tratamiento médico, que merece tutela jurídica: “es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la ley, y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad”. La oposición, en este caso, a la actuación médica es realizada por miembros encarcelados del GRAPO en huelga de hambre, pero como se ha hecho notar no se puede entender la sentencia si la conducta lícita a que se refiere el tribunal no es la objeción de conciencia a un tratamiento médico<sup>53</sup>.

En palabras de NAVARRO VALLS-MARTÍNEZ TORRÓN, comentando la sentencia<sup>54</sup>, en circunstancias ordinarias, la imposición obligatoria de una terapia podría ser considerada como una violación de los derechos constitucionales del paciente, cuando éste ha rehusado voluntariamente la terapia y aceptado el consiguiente riesgo de muerte<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> 120/1990, de 27 de junio, Fundamento Jurídico n.º 7. RODRÍGUEZ CHACÓN, R., *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Universidad Complutense, Madrid 1992, p. 110.

<sup>54</sup> La citada en nota en nota anterior y STC 137/1990, de 19 de julio, Fundamento Jurídico n.º 5.

<sup>55</sup> NAVARRO VALLS, R.; MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia...*, cit. p. 141. Recoge esta doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su auto de 23 de diciembre de 1992, en el que pone fin al recurso contra una decisión judicial,

En este caso, respecto a la negativa del menor, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos<sup>56</sup>, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto -como el ahora contemplado- que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable (Fundamento Jurídico n.º 10)<sup>57</sup>.

Así lo ha declarado el profesor NAVARRO-VALLS en un breve comentario a la presente sentencia<sup>58</sup>:

*“La sentencia, aun reconociendo la libertad religiosa del menor, la limita en su intensidad, al establecer que un menor no goza de la facultad de autodisposición sobre su propio ser. Y ello aunque existan en otras esferas capacidades para determinados*

---

autorizando la realización de una transfusión a una paciente de cáncer incurable, testigo de Jehová: “Tampoco comparte la Sala la tesis, rechazada igualmente por el Ministerio Fiscal, de que el juez tenga que autorizar forzosamente la transfusión para no incurrir en el delito de omisión del deber de socorro previsto y penado en el artículo 489 ter del Código Penal. Si la paciente es mayor de edad, y adopta su decisión libremente, si no se trata de un menor, ni de un incapacitado, el Juez no tiene obligación ineludible de conceder autorización para realizar transfusiones, que entrañan un evidente riesgo y que admite métodos y soluciones alternativas. Desde luego no concurre un estado de necesidad, ni se trata de un auxilio omisivo al suicidio, ya que los testigos de Jehová no quieren la muerte sino vivir, aunque no a toda costa y a cualquier precio, ni conculcando sus creencias, por lo que su actitud no puede ser calificada de suicida, ni desde la perspectiva psicológica ni desde una perspectiva jurídica”. Ibid. pp. 142-143.

<sup>56</sup> Detalla la sentencia los relativos a la capacidad para contraer matrimonio, para testar, para testificar, para ser oído a fin de otorgar su guarda o custodia a uno de los progenitores (Fundamento Jurídico n.º 10).

<sup>57</sup> “Traspasar a un menor o a un incapaz las consecuencias de una creencia religiosa o de una decisión heroica del adulto puede constituir aquí, un evidente abuso de la patria potestad (...) o del tutor (...) y de ahí la legitimidad de que un rechazo anormal del tratamiento por parte de aquéllos pueda ser suplido por los órganos jurisdiccionales, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal”. Vid. BUENO ARUS, F., “Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho Penal”, *Poder Judicial*, n.º 15, junio de 1985, p.16. El comentario no es al mismo supuesto, porque no está contemplando en el mismo, la expresión de un consentimiento manifiestamente contrario a la terapia por parte del menor, pero hecha la salvedad, se entiende que no se puede reconocer la misma capacidad de decisión a un menor sobre su vida, como se hace en un adulto.

<sup>58</sup> “¿Parricidio o error invencible?”, *RGDCDEE* n.º 1, enero 2003, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

*actos jurídicos. Al afectar su decisión de no recibir una transfusión en sentido negativo a la vida y con secuelas irreparables, esa negativa no vincula a los padres, ni a la autoridad judicial. Lo cual no significa que no deba ponderarse en los casos concretos”.*

### *2.3. Necesidad de limitar la libertad religiosa de los padres para hacer efectivo el derecho a la vida del menor*

¿En qué medida es, en el supuesto de hecho concreto que se somete a amparo, idóneo, necesario y estrictamente proporcional limitar el derecho de libertad religiosa de los padres (condenándoles por un homicidio en comisión por omisión) para proteger el derecho a la vida de su hijo?

La respuesta a esta pregunta no puede obviar una cuestión esencial: los padres no impidieron que se realizara la transfusión a su hijo, por el contrario –insiste sobre ello en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional- se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión, es decir, posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la salvaguarda del derecho a la vida de su hijo. Si no hubiera sido así sin duda habrían incumplido su deber de velar por el hijo menor incurriendo en el delito de homicidio en comisión por omisión (art. 138 en relación con el art. 11 del CP)<sup>59</sup>. Hecha esta importantísima salvedad el Tribunal Constitucional se plantea si era exigible a los padres, en virtud de su especial posición jurídica respecto del menor, una actuación suasoria sobre el hijo a fin de que éste consintiera la transfusión de sangre, o una autorización de la transfusión, previamente desechada por el propio juez, contraria a la voluntad del menor.

A juicio del Tribunal Constitucional exigir a los padres, que no han impedido la intervención de la autoridad judicial en interés del menor, que disuadan a su hijo supone también “la exigencia de una concreta y específica actuación radicalmente contraria a sus convicciones religiosas” (Fundamento Jurídico 12.º). Es decir las conductas que el Tribunal Supremo exigía de los padres eran contrarias al núcleo esencial del derecho a la libertad religiosa.

Pues bien, el principio de proporcionalidad no exige, en este caso concreto, para conseguir la prevalencia del derecho a la vida del menor limitar la libertad religiosa de los

---

<sup>59</sup> En este sentido también, entre otros, FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2001, p.403 y PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y Derecho Penal Límites a la eficacia del Derecho Penal en comportamientos de conciencia*, Comares, Granada, 1994, p. 135.



padres exigiéndoles actuar de manera diametralmente opuesta a sus convicciones religiosas (Fundamento Jurídico 14)<sup>60</sup>. En efecto, en el presente caso la efectividad del preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de los padres, dado que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Las acciones que la condena penal exige de los padres no eran *el único medio* para salvar la vida del niño, y no lo eran puesto que ellos no se opusieron a la autorización judicial de la transfusión, y porque, en definitiva, fue el juicio clínico contrario a la conveniencia de una transfusión no aceptada por el menor lo que realmente impidió la práctica de la misma<sup>61</sup>. En la medida en que no resulta necesario para hacer efectivo el derecho a la vida del menor exigir de los padres conductas contrarias al núcleo esencial del derecho a la libertad religiosa, el conflicto concreto planteado entre el deber de los padres de velar por la vida de su hijo y el derecho a la libertad religiosa debe resolverse otorgando prevalencia a éste.

Esta es la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional cuando afirma, en su Fundamento Jurídico 15.º, que “hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo

---

<sup>60</sup> Un sector de la doctrina penal considera que en estas situaciones existe una alternativa de auxilio segura y cierta para el menor, la intervención del juez o de los médicos, lo que haría innecesaria la autorización de la transfusión por los padres; faltando la situación de absoluta dependencia respecto de los padres habría que admitir que éstos no ostentan la posición de garantes. Véase en este sentido ROXIN, C., “Las otras causas de justificación y exculpación”, en *Justificación y exculpación en Derecho Penal*, Servicio de Publicaciones de la UCM, Madrid, 1995, p. 229. En parecidos términos en nuestra doctrina PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia...* cit., p. 135.

<sup>61</sup> Respecto a la primera conducta reprochada –no disuadir al menor de que se sometiera a la transfusión– no se probó, porque habría sido imposible hacerlo, que los padres hubieran podido convencer a su hijo de que se sometiera a la transfusión. Respecto de la segunda conducta –no autorizar la transfusión– debe señalarse que los médicos del primer hospital podían haber sedado al menor y realizarle la transfusión en ese estado y que los médicos de los hospitales sucesivos a los que se llevó al menor podían haber hecho uso de la autorización anterior o solicitando una nueva.

menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias<sup>62</sup>.

#### IV. EL MENOR Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL TRATAMIENTO MÉDICO

##### 1. Según la STC 154/2002

En la Sentencia que comentamos, cabe apreciar que ninguna de las partes en litigio puso en duda la legitimidad de la intervención judicial cuando los padres se negaron a que se hiciese la transfusión a su hijo. El punto de partida de esta tesis es que dicha negativa se tacha de injustificada por lo que estaríamos ante una desviación del ejercicio de la patria potestad, institución que se vertebra para la salvaguarda de los intereses del menor, intereses que quedarían gravemente conculcados por la negativa de los padres a que se sometiera a su hijo al tratamiento. Precisamente para la salvaguarda de los intereses del menor puede intervenir el Juez que según el art. 158.3.º del Código Civil puede realizar las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

En los supuestos de negativa de los padres a autorizar la transfusión vital de sangre para su hijo la disposición oportuna por parte del Juez es la autorización de la transfusión<sup>63</sup>. La autorización judicial es un “permiso” -más propiamente el necesario consentimiento- del juez para proceder al tratamiento no autorizado por los

---

<sup>62</sup> Con esta posición favorable a no considerar responsables penales a los padres que no se oponen a al mandato judicial autorizando la transfusión, el TC está siguiendo la tendencia del Derecho comparado. Efectivamente, la jurisprudencia estadounidense, por ejemplo, mantiene una clara tendencia a no condenar a los padres cuando éstos facilitan al menor a su cargo todos los medios de curación que su conciencia les permite, o cuando adoptan pacíficas posiciones ante la actuación pública. Ciertamente dichas sentencias acuden a valoraciones muy particulares o a errores procedimentales para justificar la absolución. Algunos ejemplos significativos de esta tendencia puede consultarse en ABRAHAM, H. J., “Religion, Medicine and the State”, en *Journal of Church and State*, (1990), pp. 243 y ss.; y NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 133.

<sup>63</sup> Salvando las diferencias relativas a los distintos sistemas legales la solución que se propugna en el derecho comparado a los supuestos de negativa de los padres Testigos de Jehová a que se someta a sus hijos menores a transfusiones de sangre es la misma que en nuestro país. Véase NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J.; JUSDADO M. A., *La objeción de conciencia...* cit., pp. 936 y ss.

representantes legales del menor, si, conforme a criterio médico, éste fuera necesario para salvar la vida del menor. Es decir, la autorización se presta para el caso de que la vida del menor esté en peligro, con lo que el consentimiento que da el juez se halla condicionado al juicio del médico como técnico.

Si en el caso que analizamos se hubiera practicado la transfusión ni a los facultativos ni al propio Juez que autorizó la transfusión se les podría haber realizado ningún reproche penal. En efecto, los facultativos habrían obrado o bien en el ejercicio legítimo de su profesión, puesto que la autorización del Juez suple el consentimiento de los padres -requisito necesario para considerar legítimo el ejercicio de la profesión médica-, o bien en cumplimiento del deber de realizar la transfusión cuando sea precisa para salvar la vida del menor. Por su parte el Juez habría quedado amparado por el cumplimiento de un deber, puesto que la Ley de Protección Jurídica del Menor encomienda a los poderes públicos tener en cuenta la supremacía del interés del menor. Esta ha sido la postura mantenida hasta el momento en la práctica de nuestro país cuando se ha planteado en la vía penal la exigencia de responsabilidad a los jueces por haber autorizado transfusiones de sangre a Testigos de Jehová adultos<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Así es, las querellas presentadas, por los propios pacientes o por sus familiares, para exigir responsabilidad criminal a los jueces por la comisión de delitos contra la libertad religiosa o coacciones han sido sistemáticamente inadmitidas. Véase el Auto del TS de 14 de marzo de 1979 (reseñado por BAJO FERNÁNDEZ, M., en la *Revista de Derecho Público*, año V, vol. II, pp. 500-501); Auto del TS de 22 de diciembre de 1983, (súplica resuelta en idéntico sentido en el Auto de 25 de enero de 1984, y recurrido ante el TC, éste decidió no admitir a trámite la demanda por Auto de 20 de junio de 1984 (369/1984). Sobre el mismo tema más recientemente ROMEO CASABONA, C., *Límites...* cit., pp. 351-5.

La doctrina, sin embargo, considera que debe respetarse la decisión de la persona adulta de no someterse a la intervención. Véase CEREZO MIR, S., “La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XL, fascículo II, pp. 273 y ss; BAJO FERNÁNDEZ, M., “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo I, 1979, pp. 491 y ss. y “La intervención médica y el consentimiento del paciente”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 25, (1985) pp. 1276 y ss.; NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J.; JUSDADO, M. A., *La objeción de conciencia...* cit., pp. 958 a 961; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Derechos fundamentales en tensión: ¿Puede el juez ordenar una transfusión de sangre en peligro de muerte, aun en contra de la voluntad del paciente?”, *Poder Judicial*, n.º 13 (dic. 1984), pp. 36 y 37; MOTILLA, A., “Grupos marginales y libertad religiosa: los

La legitimidad de la intervención del Juez autorizando la realización de la transfusión cuando se trata de un menor de edad ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia que comentamos, cuando afirma, en el Fundamento Jurídico 12.º, que “es inconcuso... que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional”.

Por otra parte, debe señalarse que la legitimidad de la intervención judicial para salvar la vida del menor la reconoce el Tribunal Constitucional no sólo frente a la negativa de los padres al tratamiento sino también frente a la negativa del mismo menor. En efecto, téngase en cuenta que a la conclusión de que es constitucional la intervención del Juez autorizando la transfusión llega el Tribunal Constitucional tras hacer la ponderación entre el derecho a la libertad religiosa del menor y su derecho a la vida. En esta ponderación el Tribunal Constitucional tiene en cuenta que la negativa a la transfusión es una decisión que reviste los caracteres de definitiva e irreparable y, dado que la vida es el supuesto ontológico sin el cual el resto de los derechos no tendrían existencia posible, el interés superior del menor –tutelado por los padres y en su caso por los órganos judiciales– impone que se considere prevalente el derecho a la vida sobre los demás, incluida la libertad religiosa (Fundamento Jurídico 10.º). Como hemos visto antes este Fundamento Jurídico acaba concluyendo que la decisión del menor de edad de negarse a la transfusión no era vinculante para sus padres, de donde cabe colegir que tampoco es vinculante para los órganos judiciales, que cumplen las mismas funciones de velar por el menor que los que ostentan la patria potestad. Como colofón de la ponderación realizada, la Sentencia afirma que “la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser” (Fundamento Jurídico 12.º).

La postura que el Tribunal Constitucional adopta en esta materia viene refrendada por la doctrina. Así ROMEO MALANDA sostiene que en aquellos casos en que el menor se

---

nuevos movimientos religiosos ante los Tribunales de Justicia”, en *ADEE*, 1993, p. 108; ARMENTEROS CHAPARRO, J.C., *La objeción de conciencia a los tratamientos médicos. La cuestión de la patria potestad*, Madrid, 1997, pp. 81 y 82.

niegue a autorizar el tratamiento médico necesario para su salud o vida, debe negarse eficacia a su voluntad, ya que el interés superior del menor ha de ser el de preservar su vida en condiciones tales que sea capaz de ejercer con plenitud el resto de sus derechos cuando alcance la mayoría de edad<sup>65</sup>. En sentido similar ROMEO CASABONA considera que, aunque la Ley de Protección Jurídica del Menor no es muy explícita, puede mantenerse que el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, entre ellos el de libertad religiosa, ha de ser compatible con el mantenimiento del que es sustrato y condición imprescindible de todos los demás: la vida<sup>66</sup>.

Pese a la legitimidad del tratamiento en contra de la voluntad de los padres y del propio menor, ninguno de los médicos que estuvo en contacto con el caso que examinamos creyó procedente realizar la transfusión, salvo cuando el menor se encontraba ya en coma. Según el relato de los hechos probados (Fundamento Jurídico 3 c) en el primer hospital en que ingresó el menor “los médicos desecharon la posibilidad de realizar la transfusión por estimarla contraproducente, desechando también a tal fin de algún procedimiento anestésico por no considerarlo en ese momento ni ético ni médicamente correcto, por los riesgos que habría comportado”. Tampoco el Juez de guardia debió estimar oportuno que se realizara la transfusión, puesto que accedió a que se diera el alta voluntaria. Como hemos visto antes la autorización judicial es un consentimiento al tratamiento que da la autoridad competente, pero que queda supeditado al juicio clínico sobre su oportunidad. Por ello, no es de extrañar que los reparos clínicos a la realización de la transfusión no fueran suplidos por una orden del Juez para que se realizara la transfusión.

## **2. Según la nueva regulación de la ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica**

En el caso que analizamos, el derecho a la libertad religiosa se manifiesta en la oposición, por las propias convicciones religiosas, a someterse a determinados tratamientos médicos, oposición a la que, como ya hemos dicho, se denomina objeción

---

<sup>65</sup> ROMEO MALANDA, S., “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, en *La Ley*, n.º 5185, noviembre 2000.

<sup>66</sup> ROMEO CASABONA, C., “¿Límites... cit., pp. 337-8.

de conciencia a los tratamientos médicos, y que se inscribe en uno de los ámbitos más interesantes del llamado “Derecho sanitario”: el del consentimiento informado.

La regulación básica del consentimiento informado se contiene en la reciente Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>67</sup>. Esta ley establece una normativa básica uniforme en el estado español, siguiendo casi textualmente la regulación de la prestación del consentimiento informado por parte de los menores de edad que se contenía en la Ley Catalana sobre derechos de información del paciente<sup>68</sup>, en su artículo 7. d). Esta ley catalana, avanzada en lo que se refiere al tratamiento de la madurez del menor en el ámbito de los tratamientos médicos, estaba implicando la ruptura del principio de territorialidad de la ley autonómica. Efectivamente, teniendo el menor catalán, por ley, mayor capacidad de decisión en el ámbito del consentimiento al tratamiento médico, y tratándose de derechos personalísimos, no tenía ningún sentido que la ley catalana no fuera de aplicación si el menor se desplazaba a otra comunidad autónoma. Felizmente, la ruptura se ha resuelto al consagrarse esta normativa básica con carácter general para todo el territorio nacional, con el mismo alcance que reconocía la ley catalana.

Según establece esta ley básica reguladora de la autonomía del paciente en su art. 8, toda actuación en el ámbito de la salud necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez recibida la información sobre, al menos, la finalidad y naturaleza de la intervención que se le va a practicar, sus riesgos y sus consecuencias<sup>69</sup>. Una vez establecida esta obligación general de obtener el consentimiento informado, la ley se encarga de matizarla, en su art. 9, en que regula los límites del consentimiento informado

---

<sup>67</sup> Ley 41/2002 de 14 de noviembre, BOE de 15-11-2002, n.º 274, pp. 40126-40132, que entrará en vigor el 16 de mayo de 2003.

<sup>68</sup> Ley 21/2000, de 29 de diciembre de 2000 (BOE de 2 de febrero de 2001). La regulación es idéntica en la ley catalana que en la ley foral navarra 11/2002 de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, que dispone en su art. 8.2.b): “Los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años deberán dar personalmente su consentimiento”. Esta ley foral fue parcialmente modificada por la Ley de la Comunidad Autónoma de Navarra 29/2003, de 4 de abril, para ajustarse a la ley básica estatal promulgada en noviembre de 2002 pero dicha modificación no fue necesaria en este punto del consentimiento de los menores.

<sup>69</sup> Art. 4 Ley 41/2002.

y el consentimiento por representación, este último de especial interés en la problemática que nos ocupa.

Según esta regulación, es posible prescindir del consentimiento informado cuando existe riesgo para la salud pública, y cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física y psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando cuando las circunstancias lo permitan a sus familiares y a las personas vinculadas de hecho a él. No es éste el caso que nos ocupa, en el que como hemos visto, existió tiempo para informar y obtener ese consentimiento, y esto no se hizo una, sino repetidas veces.

Con relación al consentimiento por representación, el art. 9.3 dispone textualmente:

*“Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representación legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*

*b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.*

*c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados a con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.*

En el art. 9.4, sin embargo, se establece que:

*“La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.”*

Así pues, de esta legislación puede concluirse que: a) Se parte de que el consentimiento debe otorgarlo el menor, y sólo cuando sea incapaz intelectual o emocionalmente de comprender el alcance de la intervención serán sus padres los que otorguen el consentimiento por representación, de lo que cabe deducir que en caso de

duda sobre su capacidad deberá ser el menor el que consienta. b) En cualquier caso, sea capaz o no, deberá informarse y oírse al mayor de doce años. c) El menor emancipado, o el que haya cumplido los dieciséis años, deberá otorgar su consentimiento sin que quepa alegar su incapacidad intelectual o emocional para decidir, salvo que se trate de menores incapaces o incapacitados. d) Respecto de los menores mayores de dieciséis años o emancipados sólo en los supuestos en los que el facultativo aprecie un grave riesgo para la salud del menor tendrá que informar a los padres y tener en cuenta su opinión, de lo que se deduce que la opinión de los padres no es vinculante (sino sólo orientativa) para el facultativo, y que ni siquiera tiene la obligación de informar cuando no exista ese riesgo. e) Sin embargo, en los casos de interrupción de embarazo legalmente admitidos, de ensayos clínicos y de prácticas de reproducción asistida, salvo que exista normas específicas aplicables habrá que estar a lo que establezcan las leyes civiles respecto de la mayoría de edad civil. De los tres supuestos excepcionados uno está prohibido a los menores de dieciocho años -las técnicas de reproducción asistida-, otro remite a las normas civiles -los ensayos clínicos- y sobre el tercero no hay nada legislado -la interrupción del embarazo- por lo que cabe afirmar que la remisión en los supuestos excepcionados es a la legislación civil sobre mayoría de edad.

Una de las cuestiones más llamativas de la actual regulación es que la capacidad del paciente para tomar decisiones debe evaluarla el médico, pues literalmente el art. 9.3 a) así lo señala: “a criterio del médico responsable de la asistencia”. Esto, a nuestro juicio, es también extensible al apartado c), pues, al hablar de capacidad intelectual o emocional de comprender el alcance de la intervención, claramente se está refiriendo alguna cuestión cotidiana en la praxis sanitaria, cuando el médico debe informar a su paciente, y reconoce en él a alguien que puede comprender dicha información, o que no.

Sin embargo, lo que está haciendo la ley es arrojar una pesada responsabilidad sobre los hombros del médico, especialmente en el caso que nos ocupa: ¿Qué ocurre si un menor, al que el médico considera capaz de comprender el alcance de la intervención (transfusión sanguínea) a la que debe ser sometido para salvar su vida, no presta su consentimiento a ella? Lo que ocurrió en el caso de autos, con el panorama normativo anterior, es que se interesó la autorización judicial que suplía el consentimiento de quien debía prestarlo. Con la nueva ley, el médico puede perfectamente estar a lo que disponga la voluntad del menor capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, sin necesidad de interesar autorización judicial alguna. Esto significa, lisa y llanamente, dejar al menor disponer de su vida, si es capaz de comprender.

Varios son los reparos que suscita la nueva normativa: En primer lugar, la incoherencia que supone exigir haber cumplido los 18 años, por ejemplo, en el caso de



la práctica de técnicas de reproducción asistida, y sin embargo no exigir dicha mayoría de edad para tomar una decisión mucho más importante como es la de poner fin a la propia vida. En este sentido, conviene recordar que cuando el Tribunal Constitucional estudió, en su sentencia 212/1996 de 19 de diciembre, el consentimiento informado de los menores de edad donantes de embriones o fetos, que la ley de Utilización de Embriones y Fetos Humanos estima insuficiente, al exigir además el consentimiento de los representantes legales, afirmó: “El hecho de que los padres o responsables legales de los progenitores menores puedan completar su consentimiento no carece de explicación racional; más bien lo sería el que el legislador permitiera la donación de embriones por menores de edad sin exigir que se completara su consentimiento”.

En segundo lugar, la poca claridad de esta regulación, que no hace referencia expresa a las diferentes situaciones de riesgo que pueden implicar las decisiones de los menores, salvo para apuntar que en situación de grave riesgo, según el criterio médico, se informará a los padres para orientar la toma de la decisión correspondiente. Esta ley, no por lo que expresamente dice, sino por lo que omite, está consagrando la posibilidad de los menores de disponer de su vida, encomendando la evaluación de la madurez del menor para tamaña facultad de disposición al médico responsable de su asistencia. Francamente creemos que una innovación tal del ordenamiento jurídico siquiera hubiera exigido una mención expresa en la ley. La seguridad jurídica, tan importante para la clase médica, y tan escasa, vuelve a sufrir un duro revés con esta regulación.

Efectivamente, el tenor de los casos que se excepcionan de la norma general de validez del consentimiento del menor no ha sido, con razón, bien recibido por la doctrina que considera que la cuestión central a dilucidar para conceder eficacia al consentimiento del menor maduro no es, en sí, el tipo de tratamiento al que éste vaya a someterse, sino si dicho tratamiento entraña un peligro manifiesto y grave para su vida o su salud<sup>70</sup>. Como hemos señalado, según la ley, en los supuestos de grave riesgo va a ser la decisión del menor la que prevalezca mientras que en casos en los que existe una cierta complejidad ética pero no está en juego la vida o la salud del menor no se otorga

---

<sup>70</sup> En el sentido del texto advierte SEVILLA BUJALANCE que sería un contrasentido entender que al menor emancipado se le restringe la capacidad respecto de ciertos actos patrimoniales por la trascendencia que conllevan, y al mismo tiempo permitir que decida sin necesidad de ninguna traba sobre una cuestión tan importante como es su propia muerte. SEVILLA BUJALANCE J. L., “Transfusiones de sangre, conciencia y derecho a la vida. Especial referencia a los menores”, en *Revista General del Derecho*, n.º 676-677 (2002), p. 81.

validez a su decisión. A nuestro juicio resulta absurdo que se consagren trabas al consentimiento del menor maduro en supuestos que no crean riesgo para su salud o su vida y, sin embargo no se ponga limitación a decisiones que pueden comportar la muerte<sup>71</sup>.

No obstante, abundando en esta cuestión, podemos señalar que algunas legislaciones autonómicas son mucho más claras en punto a la protección del menor dependiendo del peligro de la intervención en sí. Así, por ejemplo, la ley 1/1998 de 20 de abril, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de los Derechos y la Atención al Menor<sup>72</sup>, dentro del Título I (De los derechos de los menores) consagra su art. 10 a la salud, disponiendo, en su párrafo 3.º que “para la realización de cualquier intervención que suponga un riesgo para la vida del niño se recabará el previo consentimiento de los padres o tutores en los términos establecidos en la legislación vigente. En el caso de la negativa de los padres o tutores, primará el interés del niño”.

La intención protectora de esta legislación es tan evidente como vacía de sentido en la actualidad, puesto que los “términos establecidos en la legislación vigente” no existen para el supuesto del caso que nos ocupa.

Por su parte, la ley 3/2001 de 28 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Galicia, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, dispone, en su artículo 6, que “el menor de edad o incapacitado legal debe intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización. Cuando el médico responsable considere que el menor o incapacitado legal reúne las suficientes condiciones de madurez, le facilitará la información adecuada a su edad, formación o capacidad, además de a su padre, madre o representante legal, que deberá firmar el consentimiento informado. La opinión del menor o incapaz será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y grado de madurez o capacidad”.

La legislación gallega, como vemos, no distingue claramente tramos de capacidad, y lo que sí dispone, en todo caso, es que aunque reúna las suficientes condiciones de madurez, el consentimiento informado deberán firmarlo los representantes legales del

---

<sup>71</sup> Además de la ley catalana y la ley navarra, que son anteriores, sigue fielmente la ley básica estatal Art. 28.3 de la Ley 8/2003, de 8 abril de Castilla y León, de derechos y deberes de las personas en relación con la salud en punto al consentimiento de los menores.

<sup>72</sup> BOJA N. 53 de 12 de mayo, no modificada en este punto por la ley 5/2003 de 9 de Octubre de voluntades anticipadas (BOJA 31 de octubre).

menor. Una vez entrada en vigor la ley básica estatal recientemente aprobada, esta legislación autonómica ha quedado derogada, en lo que claramente contradice la normativa básica estatal, jerárquicamente superior por su carácter básico (mínimo común normativo uniforme para todo el territorio nacional).

Lo mismo puede decirse de la reciente ley 1/2003 de 28 de enero de la Generalitat, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana, que dispone en su art. 9.2: “Cuando el paciente sea menor de edad o se trate de un incapacitado legalmente, el derecho corresponde a sus padres o representante legal, el cual deberá acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación y constitución de la tutela, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona menor o incapacitada por él tutelada. En el caso de menores emancipados, el menor deberá dar personalmente su consentimiento. No obstante, cuando se trate de un menor y, a juicio del médico responsable, éste tenga el suficiente grado de madurez, se le facilitará también a él la información adecuada a su edad, formación y capacidad”. Un menor valenciano no está emancipado pero es mayor de 16 años, no sólo tiene derecho a la información, sino que como no cabe consentimiento por sustitución, según la normativa básica estatal, él deberá consentir personalmente al tratamiento.

La única legislación autonómica que claramente aborda el supuesto que nos ocupa, el rechazo a las transfusiones sanguíneas por parte de menores de edad en situaciones de riesgo vital, basado en motivos religiosos, es la Carta de Derechos y Obligaciones de los Pacientes y Usuarios del Servicio Vasco de Salud (Decreto 175/1989 de 18 de julio)<sup>73</sup>, que dispone en su art. 2 j. El derecho del menor, como paciente y usuario del Servicio Vasco de salud, “a la seguridad de recibir los cuidados que necesita, incluso en el caso de que fuera necesaria la intervención de la justicia, si los padres o la persona que los sustituya se los niegan por razones religiosas, retraso cultural, de prejuicios o no están en condiciones de dar pasos oportunos para hacer frente a la urgencia”.

Ante la omisión de este supuesto en la normativa básica estatal, hay que considerar que la Comunidad Autónoma Vasca es la única en que se aborda con claridad la protección del menor, encomendando la misma, en estos casos, a los órganos judiciales.

La cuestión de la validez del rechazo del menor al tratamiento en este caso límite tampoco encuentra una clara respuesta en el Código de Ética y Deontología médica, que en su versión aprobada en septiembre de 1999, dispone en su art. 9.4:

---

<sup>73</sup> BOPV n. 149 de 4 de agosto.

*“El médico, en ningún caso abandonará al paciente que necesitara su atención por intento de suicidio, huelga de hambre o rechazo de algún tratamiento. Respetará la libertad de los pacientes competentes<sup>74</sup>. Tratará y protegerá la vida de aquellos que sean incapaces, pudiendo solicitar la intervención judicial, cuando sea necesario”.*

El respeto a la libertad del paciente competente es, por tanto, regla general en la ética médica. También el siguiente artículo del Código Deontológico matiza respecto de los menores e incapaces:

*“Si el enfermo no estuviera en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad, estar incapacitado o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familia o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”<sup>75</sup>.*

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

Sin embargo, es necesario resaltar que los Colegios de Médicos catalanes se abstuvieron en la votación de este texto de 1999, por considerar que el Código Catalán se hallaba más en consonancia con los tiempos actuales que el texto que aprobó la OMC. Con respecto al tema que nos ocupa, el Código aprobado por la Asamblea General de Médicos de Cataluña el 16 de junio de 1997, dispone en su artículo 15:

*“Cuando los responsables de un paciente incapacitado o menor rechacen, aunque sea por razones de conciencia, un tratamiento que los conocimientos*

---

<sup>74</sup> Subr. Ntro. La posibilidad de considerar competente al paciente menor subsiste en la redacción del código del 99, que sin embargo no refleja expresamente la obligación de respetar las convicciones religiosas de los pacientes, como lo hacía el Código de Ética de 1979 vigente en el momento en que los médicos se enfrentaron al caso que comentamos, en su art. 24, que obligaba a “respetar siempre las convicciones religiosas, filosóficas y políticas del enfermo o sus familiares”. En el mismo sentido, el vigente texto, aprobado por la Conferencia Internacional de las Órdenes Médicas en París (1987), que recoge los Principios de Ética Médica Europea, dispone en su art. 3 que “El médico, en el ejercicio de su profesión, se abstendrá de imponer a su paciente sus opiniones personales, filosóficas, morales o políticas”, y en el 12, refiriéndose a la “ayuda al moribundo” que “La medicina implica en toda circunstancia el respeto constante por la vida, por la autonomía moral y por la libertad de elección del paciente”.

<sup>75</sup> Art. 10.5.

*médicos reconozcan como válido y necesario para su vida, el médico, en caso de urgencia, debe prescindir del consentimiento”.*

En el caso del Código Catalán el profesional puede incluso no acudir a la autoridad judicial, en el caso de negativa del menor al tratamiento, y prescindir del consentimiento, como se hace en los casos de urgencia vital ante la imposibilidad de obtenerlo. No obstante, esta actitud ética puede desembocar en no pocos problemas con la justicia.

## V. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVA DE FUTURO

Como hemos podido comprobar en las páginas precedentes la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 aborda dos cuestiones distintas: por una parte el conflicto entre la libertad religiosa de los padres y el derecho a la vida del menor y, por otra, el conflicto entre la libertad religiosa del menor y su derecho a la vida. Como el propio Tribunal Constitucional remarca desde el comienzo la primera de estas cuestiones constituye el ámbito propio del recurso de amparo mientras que la segunda se plantea sólo en función de la efectividad de los derechos de los padres. Separaremos ahora los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre ambas cuestiones para clarificar la postura adoptada por el Alto Tribunal en la Sentencia.

Respecto de la primera cuestión, la posible vulneración del derecho a la libertad religiosa de los padres, la delimitación realizada por el Tribunal Constitucional nos permite resumir el caso objeto de recurso de amparo en los siguientes términos: El Tribunal Supremo condena a los padres como responsables criminales de la muerte de su hijo porque, siendo garantes de su vida, no hicieron *todo* lo preciso para evitar la muerte de menor. En el fondo del pronunciamiento del TS subyace la idea de que la obligación de los padres de velar por la vida de sus hijos no encuentra límite *alguno* en el derecho a la libertad religiosa de los padres.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional inicia su pronunciamiento dejando claro que los derechos y obligaciones que surgen en el ámbito de las relaciones humanas son válidos y eficaces en la medida en que su contenido no rebasa el marco constitucional, respetando los límites propios de los derechos fundamentales. De ahí que los órganos judiciales no puedan configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales, y si lo hicieran sus pronunciamientos estarán sometidos al control constitucional. Por ello, en el presente caso es necesario ponderar los derechos que entran en conflicto: la libertad religiosa de los padres y la vida del menor.

La solución a dicho conflicto pasa por reconocer que la libertad religiosa de los padres encuentra una clara limitación en el derecho a la vida de su hijo menor. Así es, la vida en

su dimensión objetiva es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin que el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”, por lo que se admite que el derecho a la vida del menor constituye no sólo un límite al derecho a la libertad religiosa de los padres sino que, además, constituye el derecho prevalente. De ahí que los padres no puedan, en el ejercicio de su libertad religiosa, negar a su hijo la asistencia médica necesaria para salvar su vida.

Ahora bien, una vez que los padres han posibilitado sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección de su hijo menor, su condición de garantes no les obliga ni a persuadir a su hijo de que se someta a la transfusión, ni a autorizar la misma, porque dichas conductas, siendo innecesarias para hacer efectivo el derecho a la vida del menor, son contrarias al núcleo esencial del derecho a la libertad religiosa. Dado que dichas negativas se hallan amparadas por el derecho fundamental a la libertad religiosa no pueden ser consideradas constitutivas de delito, de ahí que se otorgue el amparo solicitado y se anulen las resoluciones judiciales impugnadas.

En conclusión lo que la Sentencia afirma es *la obligación que compete a los padres Testigos de Jehová, como garantes de la vida de sus hijos, de procurarles la atención sanitaria que requieran*. Por ello, la posición de garantes obliga a los padres a no impedir de ninguna forma la intervención de los facultativos y de la autoridad judicial cuando sea preciso suplir su consentimiento para proceder a la realización de transfusiones vitales de sangre al menor. Los padres que incumplieran esta obligación -llevándose a su hijo del hospital sin que se le haya dado el alta, por ejemplo- serán responsables criminales del resultado lesivo para la salud o la vida de su hijo. *Sin embargo, cuando los padres hayan acatado la decisión judicial de someter a su hijo al tratamiento, pueden negarse a autorizar dicho tratamiento y a tratar de convencer al menor de que se someta al mismo*. En este supuesto es a la autoridad judicial a quien compete velar por la vida del menor autorizando la intervención.

Respecto de la segunda cuestión, el conflicto entre la libertad religiosa del menor y su derecho a la vida, el Tribunal Constitucional parte de reconocer, de una parte, que el menor es titular pleno de su derecho a la libertad religiosa, y de otra, que el ordenamiento jurídico reconoce relevancia a determinados actos y situaciones jurídicas del menor. Pese a ello a continuación afirma con rotundidad la imposibilidad de equiparar la decisión que afecta a la vida de una manera irreversible con otros actos a los que el ordenamiento concede relevancia jurídica.

En efecto, en la ponderación entre los derechos en conflicto -vida y libertad religiosa del menor- debe tenerse en cuenta que la vida es el supuesto ontológico sin el cual el resto de los derechos no tendrían existencia posible y que la negativa a someterse al tratamiento afecta de manera irreversible e irreparable a ese derecho. De ahí que deba

considerarse prevalente el derecho a la vida y se considere necesario, para hacer efectiva esa prevalencia, la limitación del derecho a la libertad religiosa que supone imponer el tratamiento curativo al menor en contra de su voluntad.

De ese juicio ponderativo extrae el Tribunal Constitucional dos conclusiones: por una parte, la decisión del menor de edad de negarse a la transfusión no es vinculante para sus padres, por lo que el respeto y el respaldo de los padres a la decisión del menor no supone que estén cumpliendo con su obligación de velar por la vida de su hijo; y, por otra, la constitucionalidad de la intervención judicial autorizando, incluso contra la voluntad del menor, la transfusión.

Como hemos visto, la ley 41/2002 cambia el contenido de la protección del menor respecto de la Sentencia 154/2002 cuyo comentario hemos abordado en estas páginas.

Como ya hemos indicado, esta ley supone lisa y llanamente la posibilidad de que el menor capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención médica que se le ha de practicar pueda negarse a consentir dicha intervención, aunque ello le cueste la vida. Quien debe evaluar, además, la capacidad del menor para ejercitar tan gran facultad de disposición es el médico responsable de su asistencia. Como el consentimiento debe prestarlo el menor personalmente, y no cabe consentimiento por sustitución en este caso, el médico no tiene por qué interesar autorización judicial alguna.

Esta importante innovación merecía haberse especificado con claridad, como se ha hecho con otros supuestos de menor trascendencia aunque complejos desde el punto de vista ético. En cualquier caso, será deseable que las carencias de la ley se compensasen mediante una jurisprudencia que interprete cuidadosamente la facultad que la ley otorga al menor de prestar personalmente su consentimiento informado en el ámbito sanitario.

En este sentido, cabe señalar que la legislación inglesa<sup>76</sup> otorga a los mayores de dieciséis años el derecho a prestar su consentimiento en cualquier tratamiento quirúrgico; los menores de dieciséis años, a partir de la decisión de la Cámara de los Lores en el caso *Gillick*<sup>77</sup>, pueden consentir válidamente el tratamiento médico si son capaces de comprender las consecuencias que implica. Se trataba de una menor de dieciséis años que deseaba obtener tratamiento anticonceptivo sin la intervención de los

---

<sup>76</sup> Art. 8 de la Family Law Reform Act de 1969.

<sup>77</sup> *Gillick vs West Norfolk and Widsbeck, Area Health Authority and the D.H.* (1985), 3 ALLER 402.

padres. La Sentencia de la Cámara de los Lores entiende que es válido su consentimiento siempre que se actúe en interés de la menor, de que el personal sanitario se asegure de la comprensión, por parte de la menor, de la información, del consejo anticonceptivo y de los beneficios para su salud, física y mental. Muy significativamente, esta Sentencia entiende que el médico debe procurar convencer a la menor de que informe a los padres de su decisión, o autorizarle para que sea el mismo médico quien les informe, pero si la menor persiste en su negativa, no debe dejar de informarla, aunque esté convencido de que la menor iniciaría relaciones sexuales<sup>78</sup>. Como podemos comprobar, en este caso da una respuesta del todo parangonable con la actual normativa básica española. Cubrir este tipo de supuestos, especialmente relacionados con el problema de la anticoncepción, ha podido ser la intención que ha guiado al legislador español a la hora de contemplar el consentimiento de los menores de edad en la forma en que lo ha hecho. Pero es evidente que este caso no tiene nada que ver con la posibilidad de un menor de edad, incluso menor de dieciséis años, decida no someterse a tratamiento médico cuando éste con toda probabilidad, salvaría su vida, supuesto que el legislador español, también acoge, porque, como hemos señalado en la ley se omite toda referencia a esta situación, para exceptuarla del régimen general del consentimiento informado, mientras sí se exceptúan otras, como hemos tenido ocasión de ver.

La ley británica tampoco es explícita en este punto, y por ello, en la práctica, los tribunales británicos vienen exigiendo un mayor grado de capacidad para rehusar un tratamiento médico que cuando se trata de autorizarlo, precisamente con motivo de las objeciones basadas en motivos religiosos a las transfusiones sanguíneas por parte de menores de edad. En suma, los tribunales en el Reino Unido han tratado este caso afirmando que el menor implicado no comprende suficientemente las consecuencias de la omisión de la intervención médica, de modo que proceden a ordenar que ésta se realice en contra de su voluntad<sup>79</sup>.

Esta postura de la jurisprudencia británica ha sido criticada, por cuanto que no es coherente exigir diverso grado de capacidad cuando la decisión se refiere a un mismo tratamiento médico, dependiendo de que la decisión adoptada sea la de consentir o la de rechazar el tratamiento, y por tanto, hubiese sido más honesto por parte de la

---

<sup>78</sup> MARTINEZ-CALCERRADA, L. y DE LORENZO Y MONTERO, R., *Derecho Médico*, tomo I, ed. Colex, Madrid, 2001, p. 210.

<sup>79</sup> KENNEDY y GRUBB, *Medical Law*, 3.ª ed., Dublín, 2000, pp. 644-645.



jurisprudencia inglesa reconocer que no se trata en rigor de un problema de falta de capacidad, que legalmente se reconoce, sino de que la sociedad no permite a los menores tomar la decisión de morir, y entonces hay que limitar esta autonomía de la voluntad del menor capaz sobre la base del interés de la sociedad en la protección de los menores, con independencia de su edad<sup>80</sup>.

Ciertamente, a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos, existe un interés de la sociedad en proteger la vida del menor, con independencia de su edad y aunque comprendiese, como era el caso, las consecuencias de negarse al tratamiento, pues de otro modo, no hubiera sido posible excluir la responsabilidad criminal de los padres por el motivo que se hizo: ellos no opusieron resistencia alguna a la autoridad pública que pretendía defender la vida de su hijo. Por este único motivo se concluye que no es compatible con su derecho fundamental de libertad religiosa la condena penal de que fueron objeto, porque si se hubieran opuesto a la autoridad que pretendía proteger, con los medios con que el ordenamiento contaba, la vida de su hijo, hubieran resultado castigados sin vulneración alguna de sus derechos fundamentales.

Admitida constitucionalmente la existencia de este interés estatal en proteger la vida de los menores, en no dejarles tomar la decisión de morir, lo que resta desear es que la nueva legislación en materia de consentimiento informado se interprete dentro de las coordenadas sentadas por la jurisprudencia constitucional en el caso concreto que resulta aquí de obligada referencia, la objeción a las transfusiones sanguíneas por parte de los menores de edad, en situaciones de riesgo vital.

Y por último señalar que si la sociedad española está dispuesta a cambiar en punto tan importante como permitir a un menor de edad tomar la decisión de morir, esto se haga legislando de forma expresa, de modo que no haya dudas sobre la voluntad de la sociedad española a este respecto.

Por último, no podemos acabar este comentario sin dejar al menos constancia de que llevar a cabo una transfusión de sangre a un menor de edad hijo de Testigos de Jehová desencadena otra problemática que conviene tener en cuenta. Para los Testigos de Jehová, el rechazo a las transfusiones sanguíneas procede de la convicción de que su realización puede acarrear la condenación eterna del sujeto paciente. Por ello, los padres y el entorno comunitario pueden llevar a cabo comportamientos de rechazo o de

---

<sup>80</sup> SANTOS MORÓN, M.J., “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002 de 18 de julio”, en *La ley*, n.º 5675, 12 diciembre de 2002.

intimidación que van a incidir de manera grave en el desarrollo de la personalidad del niño al que se ha transfundido. Su situación psicológica será la de la persona cuya existencia ha perdido todo sentido, porque ya no puede alcanzar el fin último para el que ha sido creado. Se trata de una convicción de condena anticipada y sin posible solución, que podría incluso desencadenar un desenlace fatal. De ahí que, de imponerse jurídicamente la transfusión de sangre al menor, sería una grave irresponsabilidad que los servicios de protección del menor no realizaran un atento seguimiento del mismo. Incluso de ser necesario debería instarse la privación de la patria potestad y asumir la tutela del menor, poniendo a disposición del menor los medios personales y materiales necesarios para el adecuado desarrollo de su personalidad<sup>81</sup>, como pueden ser una adecuada terapia psicológica, el acogimiento familiar y la posterior adopción.

---

<sup>81</sup> En este sentido, SEVILLA BUJALANCE, J. L., “Transfusiones de sangre, conciencia y derecho a la vida. Especial referencia a los menores”, en *Revista General del Derecho*, n.º 676-677 (2001), pp. 82-84.