

OBJECCIÓN DEL MENOR A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS Y PÉRDIDA DE LA POSICIÓN DE GARANTES DE LOS PADRES: A PROPÓSITO DE LA STC 154/2002 DE 18 JULIO

Miguel Ángel Asensio Sánchez

Facultad de Derecho
Universidad de Málaga

Resumen. La STC 154/2002, relativa a la negativa de un menor testigo de Jehová a ser transfundido, plantea el problema de si los padres pueden eximirse de la obligación legal de actuar en interés del menor, protegiendo su vida y salud, aduciendo motivos religiosos. En realidad, no existe aquí un conflicto entre derechos fundamentales, la libertad religiosa de los padres y el derecho a la vida del menor, sino que la cuestión radica en determinar si los padres perdieron o no la posición de garantes inherente al ejercicio de la patria potestad en lo referente a la decisión de la transfusión y, por tanto, no les era exigible un deber jurídico de actuar, incompatible con sus creencias religiosas íntimas, y por tanto la negativa de los padres a disuadir al menor para que aceptase la transfusión no era constitutiva de delito. También el estudio de esta sentencia puede servirnos para delimitar dos instituciones que aparentemente cumplirían la misma finalidad: la objeción de conciencia a los tratamientos médicos, manifestación del derecho a la libertad religiosa, y el consentimiento informado, instrumento jurídico de la autonomía del paciente en la toma de decisiones que afecten a la salud.

Abstract. The Spain's Constitutional Court decision number 54/2002, concerning the refusal of a child follower of Jehovah's Witnesses denomination to receive a blood transfusion, raises the question whether parents can or can not yield their legal obligation to act in the best interests of the child, protecting his life and health, to the minor's own religious convictions. In fact, we do not seem to be here in the face of a conflict between different fundamental rights, religious freedom of parents, on one side, and the rights of the minor, on the other, and more likely the key question in this particular case is whether or not the parents retained their legal position regarding their parental authority exercised in the minor's best interest, in relation to the child's critical decision to refuse the blood transfusion; and so if they were or not in the legal duty to act and try to discourage the child in his refusal of the medical treatment. In this paper we also give consideration to some other key questions concerning this decision: religious freedom legal status, conscientious objection in the field of health rights, informed consent as an instrument of patient autonomy, etc.

Palabras claves. Patria potestad, interés del menor, posición de garantes, objeción de conciencia, libertad religiosa

Key words. Parental rights; child's best interest, conscientious objection, religious freedom

Sumario: 1. Introducción. 2. La distinción jurídica entre objeción de conciencia a los tratamientos médicos y consentimiento informado. 2.1. La objeción a los tratamientos médicos como manifestación de la libertad religiosa. 2.2 Autonomía del paciente y objeción de conciencia: el consentimiento informado. 3. Hechos. 4. Minoría de edad y rechazo a los tratamientos médicos: la relevancia de la oposición del menor. 4.1. Planteamiento. 4.2. El menor como sujeto del derecho a la libertad religiosa. 4.3. La relevancia jurídica de la oposición del menor a la transfusión. 5. El conflicto presunto entre la libertad religiosa de los padres y el derecho a la vida del menor: la posición de garantes de los padres. 5.1. Introducción. 5.2. La patria potestad y el interés del menor a la vida y a la salud. 5.3. La pérdida de la condición de garantes por los progenitores: la prevalencia del ejercicio de la libertad religiosa.

1. INTRODUCCIÓN

La objeción de conciencia a los tratamientos médicos presenta importantes problemas de carácter socio-jurídico que han captado la atención de la doctrina y que de ordinario han suscitado una viva polémica social. Sin duda se trata de una cuestión ante la cual la sociedad se encuentra especialmente sensibilizada motivado, sin duda, por implicarse derechos de especial significación y relieve social y por el hecho de que, en no pocas ocasiones, el rechazo al tratamiento médico presenta un carácter irreversible para la vida o la salud del paciente. Este es el caso al que se refiere la STC 154/2002 de 18 de julio relativo a la negativa de los Testigos de Jehová a ser transfundidos. Es cierto que existe una extensa y, por lo demás, profunda bibliografía relativa a las objeciones de conciencia en general y, en particular, sobre las objeciones a los tratamientos médicos pero, me parece, que el estudio de esta sentencia, lejos de ser reiterativo, puede servirnos para reflexionar no tanto sobre la objeción de conciencia y su naturaleza sino fundamentalmente entorno a otros problemas cohonestados pero que no han merecido tanto la atención por parte de la doctrina. Es precisamente en los límites de las instituciones donde éstas alcanzan su configuración y

OBJECCIÓN DEL MENOR A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS Y PÉRDIDA
DE LA POSICIÓN DE GARANTES DE LOS PADRES: A PROPÓSITO DE LA
STC 154/2002 DE 18 JULIO

significación jurídica última constituyendo, a nuestro juicio, una de las perspectivas más interesantes para el jurista pues nos permite captar plenamente la esencia de la institución y, a la vez, alejarnos de toda abstracción generalizadora que, no pocas veces, impide o perjudica el sentido de practicidad y utilidad inherente al Derecho. Con estas premisas me parece básico abordar ciertas cuestiones que directa o indirectamente se plasman en la referida sentencia del Tribunal Constitucional y que por situarse en los límites o contornos de instituciones jurídicas similares nos permiten distinguir y clarificarlas. Así, por ejemplo, la relación de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos con la figura del consentimiento informado; el ejercicio autónomo de un derecho fundamental por un menor y sus posibles límites; el interés del menor a la vida o a la salud como objeto y, al mismo tiempo, límite del ejercicio de la patria potestad; y, por último, si el interés del menor puede actuar como límite al ejercicio de un derecho fundamental de los padres titulares de la patria potestad. Creemos, por tanto, que se justifica claramente la utilidad de estudiar estos problemas a la luz de la STC 154/2002.

Existe cierta unanimidad en la doctrina, y más recientemente en la jurisprudencia, en admitir plenamente la objeción a los tratamientos médicos cuando la decisión proviene de una persona mayor de edad lo que, en cierto modo, viene a ser consecuencia del relieve jurídico alcanzado por la conciencia individual como referente ético y jurídico que debe ser asumido y protegido por el moderno Estado de Derecho en cuanto proyección esencial del individuo y siempre, claro está, que no se lesione derechos e intereses de terceros. Esta cuestión de la objeción al tratamiento médico se plantea y aborda de forma algo distinta, y creo que jurídicamente más interesante, cuando el paciente que rechaza el tratamiento médico es un menor de edad, por existir un principio constitucional de protección del menor y de su interés que, desde luego, orienta y condiciona la actuación de los padres o tutores y, en su caso, del Estado. Esta consideración del interés del menor como principio básico de toda actuación o decisión seguidas en relación con un menor

parece que a priori nos conduciría de modo puramente mecanicista o inexorable a tomar las medidas necesarias conducentes a restablecer la salud o a salvaguardar la vida del menor y, desde luego, a negarle la capacidad para rechazar un tratamiento médico, sobre todo si presenta un carácter irreversible para la vida o la salud. Debemos, no obstante, reflexionar y tratar la cuestión con la debida mesura, alejándonos de planteamientos jurídicos que motivados por la finalidad benevolente, y siempre loable, de salvar la vida de un menor nos conduzcan a una solución incoherente, a todas luces, con el propio ordenamiento, alejándonos de lo jurídico para adentrarnos en el terreno de lo sentimental, emotivo o de lo puramente especulativo.

En términos generales las objeciones de conciencia a los tratamientos médicos presentan dos problemas básicos que es necesario abordar con carácter general y previo. El primero es una cuestión ya clásica, tratada extensamente por la doctrina, radicada en la propia esencia o naturaleza jurídica de la institución. Se trata de explicitar si la objeción a los tratamientos médicos constituye una verdadera objeción de conciencia o, por el contrario, una objeción que podría calificarse mejor de impropia al carecer precisamente del supuesto de hecho que justifica la institución misma: la existencia de un deber jurídico al que se objeta, pues, no existe configurado en el ordenamiento un pretendido deber jurídico a la salud. El segundo problema, y desde nuestro punto de vista actualmente más interesante, es la relación de la objeción al tratamiento médico con el principio actual de autonomía del paciente en la toma de decisiones atinentes a la salud, manifestada en la prestación o denegación del consentimiento informado. No faltan autores que consideran que la objeción al tratamiento médico carecería en la actualidad de utilidad práctica por aparecer subsumida en la figura del consentimiento informado que, por su extensión y finalidad, haría innecesario plantear el rechazo de un tratamiento como un supuesto de objeción de conciencia, siquiera impropia, porque la causa que motiva la negativa a prestar el consentimiento al

tratamiento carece de significación jurídica. De este modo, al ser indiferente en la tipificación jurídica del consentimiento informado el motivo o causa que provoca el rechazo al tratamiento, pues, el mero rechazo voluntario, manifestado en la no prestación del consentimiento, opera como causa suficiente, cualquiera que sean las motivaciones, religiosas, ideológicas o de otra índole o naturaleza, dejaría desprovista de significación jurídica y de utilidad práctica la figura de la objeción de conciencia aplicada a los tratamientos médicos.

Examinadas estas cuestiones previas, que en último termino van a condicionar nuestro estudio, hay que analizar los tres problemas jurídicos básicos que directamente plantea la STC 154/2002 y que constituyen la línea argumental de este trabajo:

- 1º) La relevancia de la oposición del menor a la transfusión
- 2º) El conflicto entre la libertad religiosa del menor y su derecho a la vida.
- 3º) El conflicto entre la obligación de los padres de velar por la salud del menor y su derecho a la libertad religiosa.

En último término, la clave del problema radica en determinar, de un lado, la capacidad del menor para rechazar un tratamiento; y, de otro, explicitar el alcance y extensión del deber de los padres de velar por sus hijos.

2. LA DISTINCIÓN JURÍDICA ENTRE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

2.1. LA OBJECCIÓN A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Podemos definir la objeción a los tratamientos médicos como la negativa del paciente a recibir un tratamiento necesario para recuperar o preservar la salud y la vida por motivos exclusivos de conciencia. Uno de los problemas que a priori presenta esta objeción es el de explicitar su verdadera naturaleza

jurídica y, en concreto, si estamos ante una auténtica objeción de conciencia o, por el contrario, se trataría de una objeción que podríamos calificar de impropia, toda vez que es presupuesto esencial de la objeción la existencia de un deber jurídico al que precisamente se objeta y que en este supuesto no se aprecia¹. Para la mayoría de la doctrina la denominada objeción a los tratamientos médicos, a diferencia de otras objeciones, no constituye un verdadero supuesto de objeción al no existir una norma que obligue a los ciudadanos a tener buena salud², siendo manifestación del derecho a la libertad ideológica o religiosa. La ausencia de este deber jurídico a la salud impediría configurar el rechazo al tratamiento como una auténtica objeción al faltar el presupuesto jurídico-formal esencial y previo. No obstante, existe un importante y cualificado sector de la doctrina que considera las objeciones a los tratamientos como auténticas objeciones de

¹ A pesar de las diversas concepciones existentes en la doctrina sobre la configuración dogmática y jurídica de la objeción a la conciencia aquélla se muestra unánime en considerar como premisa necesaria de la objeción la existencia de una norma que imponga un deber jurídico al que se objeta. Entre otros: RUIZ MIGUEL, A., “Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1986, págs. 405 y 415; GASCÓN ABELLÁN, M., *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 242-244; ROMEO CASABONA, C.M., “El derecho a la objeción de conciencia”, en *Héctor Gros Espiell Amicorum liber*, vol.2, Bruylant, Bruxelles, 1997, págs. 1307-1327.

² La doctrina califica la objeción a los tratamientos médicos como una auténtica objeción impropia: VITALE, A., *Corso di diritto ecclesiástico*, 6.ª ed., Giuffrè, Milano, 1992, pág. 149; RUIZ MIGUEL, A., “Autonomía individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico)”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14, 1993, pág. 69; ROMEO CASABONA, C.M., “La objeción de conciencia en la praxis médica”, *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996. pág. 175; FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en derecho penal*, Comares, Granada, 2001, pág. 334; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª P., *La impropriamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, págs. 62-65.

conciencia³. Para estos autores la objeción a los tratamientos médicos entraría en colisión con dos intereses: el del Estado en preservar la vida y la salud de sus ciudadanos y por extensión de toda la comunidad, 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. En opinión de estos autores, existiría un deber jurídico general de solidaridad in abstracto de garantizar la salud de la generalidad de los ciudadanos que, en ciertas ocasiones, se traduciría en un deber in concreto de imponer un tratamiento médico⁴.

La Constitución y, en general, nuestro ordenamiento jurídico tienen una actitud preservadora y protectora de la salud y la vida de las personas, en congruencia con la importancia de la vida como soporte de los demás derechos. Por eso el artículo 15 de la Constitución consagra como derecho fundamental el derecho a la vida y a la integridad física; y el artículo 43.1 dentro de los principios rectores de la política social y económica reconoce el derecho a la salud. Pero los preceptos constitucionales mencionados configuran el derecho a la salud más como una obligación de los poderes públicos de implementar las medidas, de orden social, jurídico o económico, necesarias para la protección y defensa de la vida y la salud de los ciudadanos, que como un deber jurídico concreto de los

³ No obstante, un sector de la doctrina tipifica la objeción a los tratamientos médicos como auténtica objeción: NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y 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 Profesor Pedro Lombardía*, Universidad Complutense, Madrid, 1989, pág. 896; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Ley del jurado y objeción de conciencia”, en *Revista española de Derecho constitucional*, t. 48, 1996, pág. 136; NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 122; OLIVER ARAUJO, J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 33.

⁴ NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia...*, op.cit., págs. 121-122.

ciudadanos de tener buena salud. El derecho a la salud reconocido en la Constitución supone, más bien, la posibilidad por parte de los ciudadanos de exigir de la administración que posibilite, mediante la puesta en marcha de los mecanismos del Estado, la atención sanitaria oportuna y en ningún caso un deber jurídico concreto impuesto a los ciudadanos.

En cuanto al derecho a la vida la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990 de 27 de junio niega de forma terminante la existencia de un derecho a la propia muerte: “El derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”⁵. Además, de la legislación penal se deduce la indisponibilidad directa del derecho a la vida al tipificarse la inducción y cooperación al suicidio ajeno⁶, aunque el suicidio propio no está penado, ni tan siquiera el frustrado, lo que viene a ser manifestación del *agere licere* no de un auténtico derecho subjetivo exigible frente al Estado⁷. Es clara la protección jurídica de la vida en nuestro ordenamiento en cuanto bien jurídico fundamental y que si bien no existe un derecho subjetivo a la propia muerte tampoco cabe configurar un deber jurídico de vivir

⁵ STC núm. 120/1990, de 27 de junio, FJ. 7º.

⁶ Art. 142 CP.

⁷ “El derecho a la vida tiene, pues, un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en su círculo de libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación de *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho”, STC núm. 120/1990, de 27 de junio, FJ. 7º.

OBJECCIÓN DEL MENOR A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS Y PÉRDIDA
DE LA POSICIÓN DE GARANTES DE LOS PADRES: A PROPÓSITO DE LA
STC 154/2002 DE 18 JULIO

En cuanto a la afirmación del apuntado sector de la doctrina sobre la existencia de un deber jurídico del médico de curar y restaurar la salud del paciente queda privada de fuerza por haberse impuesto con carácter general, tanto a nivel legislativo y judicial como a nivel deontológico médico, la prevalencia del principio de autonomía del paciente en la toma de decisiones que afectan a su salud, expresada jurídicamente en la figura del consentimiento informado. Desde luego, no es que no exista el deber jurídico del médico de curar al paciente sino que debe conciliarse con otro deber jurídico que le afecta: el respeto a la autonomía y dignidad del paciente.

Por último conviene señalar que pueden existir supuestos en los que el tratamiento se presenta para el paciente como obligatorio en virtud de la salud pública que se trata de preservar, tal y como ocurre con la vacunación obligatoria, en los que cabría, al menos en el plano teórico, configurar el rechazo al tratamiento como objeción⁸.

Ahora bien, si la realidad jurídica impide la configuración del rechazo a los tratamientos médicos como un supuesto de objeción de conciencia cabría plantearse si esta situación podría subsumirse en la figura del consentimiento informado, careciendo por tanto de interés los motivos ideológicos o religiosos determinantes del rechazo o, por el contrario, se trataría de una manifestación del ejercicio del derecho a la libertad ideológica y, señaladamente, del de libertad religiosa⁹.

⁸ En nuestro país no se ha planteado la objeción a la vacunación a diferencia de USA donde han sido múltiples los casos, sobre el particular PALOMINO, R., *Las objeciones de conciencia: conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano*, Montecorvo, Madrid, 1994, págs. 345-355.

⁹ No deben olvidarnos, tal y como señalan NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN, que son las convicciones religiosas las que motivan la objeciones a los tratamientos, *Las objeciones de conciencia...*, op.cit., pág. 119.

2.2 AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En la actualidad el principio de autonomía del paciente se configura como el principio rector en las relaciones médico/paciente, frente al tradicional paternalismo de la clase médica, concretado en la prestación o denegación del consentimiento informado en cuanto expresión jurídica de dicha autonomía, y que aparece reconocido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El consentimiento informado plantea el problema de su posible identidad de razón o motivo con la objeción al tratamiento médico porque ambos casos el supuesto de hecho es el mismo: el rechazo o negativa a recibir un tratamiento médico. Se trata de determinar si la objeción al tratamiento tiene entidad como tal objeción o, por el contrario, si la figura del consentimiento informado, al no tener en cuenta la causa que motiva la admisión o en su caso el rechazo al tratamiento, desplazaría a la objeción de conciencia dejándola desprovista de cualquier significación jurídica, aunque, sin duda, conservando su carácter polémico. No faltan autores que, de forma más o menos velada, cohonestan la problemática del rechazo a los tratamientos médicos con la autonomía del paciente expresada jurídicamente en la figura del consentimiento informado¹⁰. Ahora bien, en mi opinión objeción al tratamiento y consentimiento informado, aunque presentan puntos de conexión

¹⁰ Esta es la idea que se desprende de la lectura del libro de M^a P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La impropriadamente llamada objeción a los tratamientos médicos...*, op.cit.; en el que la autora estudia conjuntamente el consentimiento informado y la objeción al tratamiento como si constituyeran sino el mismo fenómeno jurídico, al menos, directamente cohonestados; también en este sentido: MOLINA BLÁZQUEZ, C., PÉREZ-AGUA LÓPEZ, T. y SIEIRA MUCIENTES, S., “Objeción de un menor al tratamiento médico, Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio de 2002”, iustel.com, *RGDCEE*, n.º 6, septiembre 2004.

por ser ambos supuestos de rechazo a un tratamiento médico e incidir en la salud y vida del paciente, no dejan de ser instituciones con ámbitos de actuación diferentes y diferenciados.

Diversos argumentos avalan, a nuestro juicio, esta tesis:

- 1º. El rechazo del tratamiento por el paciente, en el ámbito del consentimiento informado, supone una manifestación del ejercicio del derecho a la salud, y cumple al mismo tiempo una función de legitimar la actuación del facultativo; el paciente, en último término, toma una decisión sobre su salud y, en su caso, sobre su integridad corporal. El ámbito de actuación del objetor es bien distinto porque supone el ejercicio del derecho a la libertad ideológico o religiosa, en último término, de la libertad de conciencia del paciente, sin que la disposición que hace de su derecho a la salud o a la integridad física sea directa e inmediatamente querida y pretendida, sólo indirecta y a resultas únicamente del ejercicio del derecho a la libertad de conciencia.
- 2º La propia estructura jurídica del consentimiento informado exige por parte del facultativo suministrar al paciente información previa sobre la enfermedad y el tratamiento. Se trata de un auténtico deber jurídico para el facultativo y presupuesto lógico-formal y legal del consentimiento del paciente puesto que el contenido de esta información constituye el objeto sobre el que recae¹¹. Por eso, desde el punto de vista de su estructura jurídica última, el consentimiento informado no deja de ser un negocio jurídico celebrado como medio para el ejercicio de un derecho fundamental, o al menos de ciertos aspectos del mismo, y que, consecuente y necesariamente, exige en el paciente las necesarias condiciones de capacidad y volitivas, y además colocarse en una actitud receptiva para comprender, en la medida de lo posible para un profano, la información del médico. No parece que sea esto lo que ocurre con el objetor,

¹¹ Artículo 4 de Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

puesto que rechaza el tratamiento al margen de la intelección o comprensión de la información y aun prescindiendo de ella, y que, desde luego, no puede decirse que celebre un negocio jurídico. No es que la actitud del objetor sea irracional, sino que está al margen de la información médica y de las posibles consecuencias para la salud o la vida; se trata de una decisión tomada por motivaciones de conciencia, sin tener en cuenta los riesgos para la vida o la salud. Es más, quien objeta no trata de prescindir de la ciencia médica sino de un concreto tratamiento proponiendo, como en el supuesto de objeción a la transfusión, otro alternativo¹².

- 3º La escasa jurisprudencia del Supremo y del Tribunal Constitucional vincula la objeción a los tratamientos médicos a la libertad ideológica o religiosa, nunca al consentimiento informado. Congruentemente, la extensa jurisprudencia existente sobre el consentimiento informado le vincula al principio de autonomía del paciente y, en último término, a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE, nunca a la libertad ideológica o religiosa.
- 4º. Los propios límites inherentes al consentimiento informado por no ser necesario contar con él en los supuestos de estado de urgencia y necesidad que, a nuestro juicio, limitan su alcance¹³. Además, hay que añadir la débil protección de la autonomía del paciente, a diferencia de la mayor protección del rechazo a un tratamiento médico por motivos de conciencia, puesto que la negativa del paciente a prestar el consentimiento al tratamiento tiene como consecuencia el alta voluntaria o forzosa que, en realidad, no deja de ser en

¹² Este, desde luego, es el caso de los testigos de Jehová, pero no la de los miembros de la secta religiosa de Christian Science que rechazan con carácter general los tratamientos médicos y proponen como medio de sanar cualquier enfermedad o dolencia recurrir al poder de la oración.

¹³ Artículo 9. 2 y 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

cierto modo una sanción¹⁴; no creo que pueda aplicarse esta misma solución a los Testigos de Jehová e imponerles, sin más, el alta médica.

No obstante, esta argumentación nos puede inducir a pensar que estamos ante un planteamiento artificial, meramente especulativo, carente y desprovisto de la practicidad y utilidad propia del Derecho puesto que con ambas instituciones se llegaría al mismo resultado: la legitimación del rechazo al tratamiento por el paciente. Pero en realidad se trata de una distinción importante por tener consecuencias prácticas, fundamentalmente por la mayor protección de la que es acreedor el objetor. Así, por ejemplo, en lo referente alta forzosa del paciente que rechaza el tratamiento, y que, como anteriormente hemos apuntado, no está clara que sea la solución adecuada para el objetor. El caso del objetor a la transfusión de sangre es bien distinto, no renuncia a la ciencia médica que se le pueda prestar en el hospital donde se encuentra ingresado sino a un tratamiento que conlleve una transfusión lo que plantea el problema, que desde luego excede a nuestro objeto, si el Estado, conforme a obligación promocional de los derechos y libertades fundamentales según el art. 9.2 CE, debe procurar al paciente un tratamiento alternativo, bien en la sanidad pública, bien en la privada¹⁵. Además, la objeción puede ser una eximente penal por la mayor consideración que merece la persona que rechaza un tratamiento por motivos ideológicos o religiosos, frente al que rechaza el tratamiento prescrito por el facultativo por otros motivos.

Existen, también, diferencias en cuanto a la capacidad para ejercitar estos derechos: en la objeción al tratamiento médico

¹⁴ Artículo 21 de Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

¹⁵ En último término se trata de explicitar si el derecho de libertad religiosa y el deber del Estado, conforme al artículo 9.3 de la Constitución Española, de promover los derechos y libertades de los ciudadanos, impone al Estado la obligación de proporcionar a los testigos de Jehová una terapia alternativa a transfusión en un centro público o privado o, en su caso, reintegrales los gastos sanitarios.

bastaría la mera capacidad natural suficiente para el ejercicio del derecho a la libertad religiosa o ideológica de la que es reflejo y manifestación; en cambio, el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, que constituye la norma básica en la materia, al amparo del artículo 149.1.1.^a y 16.^a de la CE¹⁶, reconoce la capacidad para emitir el consentimiento informado al paciente menor de edad emancipado o con más de dieciséis años.

Podemos concluir que objeción impropia a los tratamientos médicos y consentimiento informado son dos realidades jurídicas diferentes y diferenciadas, coincidentes en que ambas suponen el rechazo al tratamiento médico prescrito y le impone al facultativo no una acción positiva sino la inacción; en el consentimiento informado el rechazo del tratamiento es expresión de la autonomía del paciente, en la objeción manifestación “extrema y radical” del derecho a la libertad religiosa o ideológica.

3. HECHOS

Para el estudio de la STC 154/2002 se presenta imprescindible una redacción exhaustiva y precisa de los hechos: Marcos, un menor de trece años perteneciente a los testigos de Jehová sufre una caída en bicicleta el día tres de septiembre de 1994, causándose lesiones en una pierna sin aparente importancia; a los tres días, el día seis, sangró por la nariz, siendo visto a petición de sus padres, por un ATS que no le dio importancia; el jueves día 8 sangró más intensamente, poniéndose pálido, por lo que su madre le llevó a la policlínica de Fraga donde aconsejaron su traslado al hospital Arnau de Lérida, traslado que ambos padres hicieron con su hijo ese mismo jueves. Los médicos, tras las pruebas pertinentes, aprecian una situación de alto riesgo hemorrágico, por lo que se le prescribe una transfusión para neutralizarla, manifestando los padres, de forma educada, que su religión no permitía la aceptación de una

¹⁶ Disposición adicional Primera de la Ley.

transfusión de sangre y que, por tanto, se oponían a la misma solicitando un tratamiento alternativo, siendo informados por los médicos de que no conocían ningún otro, por lo que los padres solicitaron el alta de su hijo para ser llevado a otro centro, petición de alta a la que no accedió el centro hospitalario por considerar que con ello peligraba la vida del menor, el cual también profesaba activamente la misma religión que sus progenitores rechazando, por ello, consciente y seriamente, ser transfundido. Así las cosas, y ante el peligro para la vida del menor, el centro hospitalario solicitó autorización al Juzgado de guardia, el cual la concedió para el caso en que fuera imprescindible para salvar la vida del menor, como así sucedió, pues la misma era médicamente imprescindible para lograr a corto plazo su recuperación del menor, neutralizando el alto riesgo hemorrágico existente, y poder así continuar con las pruebas precisas para poder diagnosticar la enfermedad padecida y aplicar en consecuencia el tratamiento procedente. Una vez dada la autorización judicial para la transfusión, los padres acataron la decisión del Juzgado, de modo que no hicieron nada para impedir que dicha decisión se ejecutara, aceptándola como una voluntad que les era impuesta en contra de la suya y de sus convicciones religiosas; es más, los acusados quedaron al margen de los posteriores acontecimientos. Haciendo uso de la autorización judicial, los médicos se dispusieron a realizar la transfusión, pero el menor, sin intervención alguna de los padres, la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral. Por esta razón, los médicos desistieron de la realización de la transfusión procurando, no obstante, convencer al menor para que consintiera, cosa que no lograron. Al ver que no podían convencer al menor, el personal sanitario pidió a los padres que trataran de convencerle, los cuales no accedieron a ello pues su religión no autorizaba la práctica de la transfusión. Así las cosas, y no logrando convencer al menor, los médicos rechazaron la posibilidad de realizar la transfusión y, a pesar de

considerar que no existía otro tratamiento alternativo, accedieron a la concesión del alta voluntaria para que el menor pudiera ser llevado a otro centro en busca del mismo. La tarde del viernes, 9 de septiembre, llevan a su hijo al domicilio, continuando con las gestiones para localizar al nuevo especialista, concertando al fin con él una cita para el lunes día 12 de septiembre, en el Hospital Universitario Materno-infantil del Vall d'Hebrón de Barcelona. Una vez en dicho Hospital, y tras el reconocimiento del niño, se le diagnostica un síndrome de pancetopenia grave debido a una aplasia medular o a infiltración leucémica, considerándose urgente una transfusión. Los padres y el menor manifestaron, de nuevo, que sus convicciones religiosas les impedían aceptar una transfusión. De este modo, nadie en el Hospital creyó procedente pedir una autorización judicial para efectuar la transfusión, o usar la autorización del Juzgado de Lérida, ni intentar tampoco efectuarla por propia decisión.

Los padres, antes de llevar al menor de regreso al domicilio, se trasladaron con él al Hospital General de Cataluña, centro de carácter privado en el que de nuevo reiteraron los médicos la inexistencia de tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, que fue nuevamente rechazada por los acusados y su hijo, por sus convicciones religiosas, por considerarla pecado, sin que nadie en este centro tomara nuevamente la determinación de realizar la transfusión contra la voluntad del menor y de sus padres, por su propia decisión o usando la autorización del juez de Lérida, que conocían en el centro, o solicitando una nueva autorización al Juzgado de Barcelona que correspondiese, por lo que los padres, no conociendo otro centro al que acudir, emprendieron con su hijo el camino de regreso a su domicilio, al que llegaron sobre la una de la madrugada del martes día trece de septiembre donde permanecieron durante todo el día, sin más asistencia que las visitas del médico titular de Ballobar (Huesca) quien, por su parte, consideró que nada nuevo podía aportar que no estuviera ya en los informes hospitalarios, no estimando pertinente ordenar el ingreso hospitalario pues el

OBJECCIÓN DEL MENOR A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS Y PÉRDIDA
DE LA POSICIÓN DE GARANTES DE LOS PADRES: A PROPÓSITO DE LA
STC 154/2002 DE 18 JULIO

menor quien permanecía consciente, ya provenía de un ingreso de esa naturaleza. Así permaneció el niño hasta que el miércoles día 14 de septiembre el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca), en cuyo partido se encuentra Ballobar, tras recibir un escrito del Ayuntamiento de esta última localidad informando sobre la situación del menor, acompañado con un informe emitido por el médico titular ese mismo día catorce ante , tras oír telefónicamente al Ministerio Fiscal, dispuso mediante Auto de ese mismo día catorce, autorizar la entrada en el domicilio del menor para que fuera transfundido, personándose seguidamente la comisión judicial en el domicilio del menor, cuando éste estaba ya con un gran deterioro psicofísico, procediendo los acusados, una vez más, después de declarar sus convicciones religiosas, a acatar la voluntad del Juzgado, siendo el propio padre del menor quien, tras manifestar su deseo de no luchar contra la Ley, lo bajo a la ambulancia, en la que el niño, acompañado por la fuerza pública, fue conducido al Hospital de Barbastro, donde llegó en coma profundo, totalmente inconsciente, procediéndose a la realización de la transfusión ordenada judicialmente, sin contar con la voluntad de los padres quienes, como siempre, no intentaron en ningún momento impedirla, siendo luego trasladado al Hospital Miguel Servet de Zaragoza, al que llegó hacia las veintitrés horas y treinta minutos del día quince de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro. 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.

El Ministerio Fiscal acusó a los padres del menor en concepto de autores de un homicidio por omisión, tipificado en el art.138 CP en relación con el art.11, con el agravante de parentesco y el atenuante de obcecación, pidiendo una pena de cuatro años para cada uno. La Audiencia Provincial de Huesca dictó sentencia absolutoria el 20 de noviembre de 1996.

El Ministerio Fiscal interpuso 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 sentencia, si bien aceptando los argumentos fácticos de la decisión recurrida pero condenando a los padres como autores de un delito de homicidio, con la concurrencia con carácter muy cualificado, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión. La condena es por la omisión de la conducta debida como garantes de la salud del menor.

Los padres del menor presentan recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando violación de los derechos fundamentales a la libertad de religiosa (art.16.1 CE) y a la integridad física y moral (art.15 CE). Afirman en la demanda de amparo que, al exigírseles 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 la 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 sentencia de 18 de julio de 2002, decide otorgar el amparo solicitado porque se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa de los padres y, por consiguiente, anula la sentencia del Tribunal Supremo.

4. MINORÍA DE EDAD Y RECHAZO A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS: LA RELEVANCIA DE LA OPOSICIÓN DEL MENOR

4.1. PLANTEAMIENTO

Una de las cuestiones trascendentales en nuestro estudio, si bien como afirma la propia STC 154/2002 es incidental en la resolución del recurso de amparo, la constituye la posible

OBJECCIÓN DEL MENOR A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS Y PÉRDIDA
DE LA POSICIÓN DE GARANTES DE LOS PADRES: A PROPÓSITO DE LA
STC 154/2002 DE 18 JULIO

relevancia jurídica de la oposición del menor a la hemotransfusión¹⁷.

Hemos intentado justificar con anterioridad como los supuestos de objeción de conciencia a los tratamientos médicos no son en realidad objeciones sino manifestaciones del ejercicio de la libertad ideológica y de ordinario, como ocurre en el supuesto de la objeción a las transfusiones de sangre por los testigos de Jehová, del de libertad religiosa. Tras una vacilante posición de la jurisprudencia, no así de la doctrina que unánimemente ha admitido la objeción de conciencia a los tratamientos médicos cuando se trata de una persona mayor de edad¹⁸, es precisamente la STS de 27 de junio de 1997, recurrida en amparo resuelto por la sentencia del Alto Tribunal objeto de nuestro estudio, la que de forma expresa reconoce este derecho¹⁹.

La admisión del rechazo a un tratamiento médico por un menor, y en concreto a la hemotransfusión, se presenta como una cuestión compleja por la dificultad que entraña dejar en manos de un menor una decisión que pueda tener un carácter irreversible

¹⁷ “(...) dado que el recurso de amparo se dirige contra el pronunciamiento condenatorio de los padres del menor, ha de entenderse que la vulneración constitucional denunciada en la demanda de amparo es la del derecho fundamental a la libertad religiosa de los padres recurrentes. Y ello por más que la conducta que les es exigida en la Sentencia ahora impugnada pudiera comportar, según los términos de la demanda de amparo, el desconocimiento de los derechos del menor (en este caso, al respeto a sus creencias y a su integridad física y moral). Por tal razón la referencia a los derechos del menor ha de entenderse hecha en este marco y en función de la efectividad de los derechos de los padres. En todo caso, conviene dejar sentado que no hay ningún género de duda de que éstos fundamentaron su actitud omisiva – que fue sancionada penalmente- en el referido derecho de libertad religiosa y en sus creencias de este orden, que oportunamente invocaron a tal fin” FJ.2º.

¹⁸ Por todos: NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia...*, op.cit., págs. 137-145.

¹⁹ “El adulto capaz puede enfrentarse a su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección”, FJ. Único.

para la salud o la vida. La cuestión, desde luego, debe examinarse a la luz de la teoría general del derecho y de la actual LO 1/1996 de 15 de enero de protección jurisdiccional del menor tendente a promover los derechos y libertades del menor como el medio más idóneo para su protección y el desarrollo de su personalidad²⁰, alejándonos de cualquier atisbo de sentimentalismo o emotivismo que nos impida dar una solución jurídica a la cuestión.

4.2. EL MENOR COMO SUJETO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

La titularidad del derecho a la libertad religiosa del menor aparece reconocida de forma indirecta en los artículos 16.1 CE y el 2 LOLR²¹ que independientemente de la edad reconocen este derecho a toda persona física; y de forma más directa en el art. 6.1 de la LO 1/1996.

La propia STC 154/2002 reconoce al menor como titular del derecho a la libertad religiosa y, acertadamente, configura el rechazo a la transfusión como un acto de ejercicio del derecho a la libertad religiosa y no como un supuesto de objeción de conciencia: *“Partiendo del genérico reconocimiento que el art. 16.1 CE hace, respecto de los derechos y libertades que contempla, a favor de los individuos y comunidades, sin más especificaciones, debe afirmarse que los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa y de culto. Confirma este criterio la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de desarrollo de dicho precepto constitucional, que reconoce tal derecho a toda persona (art. 2.1) (F.J. 9º)”*²².

²⁰ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 17-29.

²¹ Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980.

²² En este sentido la STC 141/2000 establece que: “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

OBJECIÓN DEL MENOR A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS Y PÉRDIDA
DE LA POSICIÓN DE GARANTES DE LOS PADRES: A PROPÓSITO DE LA
STC 154/2002 DE 18 JULIO

El ejercicio del derecho a la libertad religiosa, y de cualquier derecho, es manifestación de la capacidad de obrar, la cual depende de las efectivas condiciones de madurez que, siendo diferentes en cada individuo, se van adquiriendo progresivamente hasta alcanzar la mayoría de edad, la cual en sí misma lleva implícita una presunción *iuris tantum* de plena capacidad de obrar. Por eso la minoría de edad sólo condiciona el ejercicio del derecho pero no la titularidad, que depende exclusivamente de la capacidad jurídica que se adquiere conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil y no con arreglo a la edad.

En realidad el menor no es un incapaz sino un ser dotado de capacidad, capacidad que al responder a sus efectivas condiciones de desarrollo y madurez, y éstas ir evolucionando con el transcurso del tiempo, podemos calificar de evolutiva. Del art.10.1 CE se deduce un ámbito de actuación humana, inescindible de la propia dignidad y básico para que el menor pueda desarrollar su personalidad mediante el ejercicio autónomo de sus derechos y libertades fundamentales. Este ámbito mínimo de actuación en el individuo, inherente a su personalidad, le permite, aun careciendo de plena capacidad de obrar, ciertas actuaciones válidas en derecho siempre que tenga las necesarias condiciones para ultimarlas consciente y libremente. Por eso la doctrina afirma la suficiencia de la capacidad natural para el ejercicio de un derecho fundamental²³.

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 aquellos 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 [RCL 1992, 2512 2775 y RCL 1993, 246] , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) (...)", F.º 7.

²³ En este sentido también SERRANO POSTIGO, C., "Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español", en *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*,

4.3. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LA OPOSICIÓN DEL MENOR A LA TRANSFUSIÓN

El examen de la relevancia de la oposición del menor a la transfusión está cohesionada con el tema de la capacidad del menor para el ejercicio de un derecho fundamental. El menor, como quedó demostrado, se opuso de forma rotunda a la transfusión, oposición que el TS consideró irrelevante y, en cambio, la defensa consideraba una lesión del derecho a la libertad religiosa del menor y uno de los argumentos en los que fundamentar el recurso de amparo. El Tribunal Constitucional analiza la relevancia a la oposición del menor de una forma poco clara y aparentemente contradictoria a la luz de la teoría general del derecho y de los derechos fundamentales del menor en juego, aunque no deja de extraer una consecuencia lógica: la relevancia de la oposición para eximir a los padres de su condición de garantes y, por tanto, de responsabilidad penal. Desde luego creemos un tanto incorrecta, desde el punto de vista técnico-jurídico, la argumentación del Tribunal Constitucional porque ni siquiera tiene claro los derechos fundamentales del menor implicados. Afirma el Alto Tribunal: “En el caso traído a nuestra consideración el menor expresó con claridad, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres de exclusión de determinado tratamiento médico. Es éste un dato a tener en cuenta, que de

Universidad Complutense, Madrid, 1983, pág. 816; LÓPEZ ALARCÓN, M., “El interés religioso y su tutela por el Estado” en *Derecho Eclesiástico español*, (coord.. J.M^a. GONZÁLEZ DEL VALLE), 2^a ed., Eunsa, Pamplona, 1983, págs. 535-540; MARTÍNEZ BLANCO, A., *Derecho Eclesiástico del Estado*, vol.II, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 122-124; MARTÍN SANCHEZ, I., *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 63; CUBILLAS RECIO, L.M., “La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos” en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, 2002, págs. 213-217; M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor...*, op.cit., págs. 34-43.

modo alguno puede estimarse irrelevante y que además cobra especial importancia dada la inexistencia de tratamientos alternativos al que se había prescrito.

Ahora bien, lo que fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal –como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)²⁴.

En principio el Tribunal Constitucional considera el rechazo al tratamiento médico como un eventual o posible ejercicio del derecho a la libertad religiosa, para a continuación afirmar, sorpresivamente, la irrelevancia de los motivos religiosos y configurar un derecho sobre el propio sustrato corporal, al margen del derecho a la vida y a la salud, traducido en el derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE. Parece clara la contradicción del Tribunal Constitucional en este punto porque o se ejerce el derecho a la libertad religiosa o el derecho a la integridad corporal pero no directamente ambos a la vez. Además me parece que la configuración de un derecho a la integridad como derecho sobre el propio sustrato corporal, diferente y diferenciado de los derechos a la salud y a la vida, es contradictorio con la configuración dogmática que sobre estos derechos realiza la doctrina al estudiarlos conjuntamente ya que todo menoscabo de la integridad corporal afecta lógicamente a la salud y a la vida. Por otro lado, resulta claro que el menor,

²⁴ FJ. 9º.

Marcos, el derecho fundamental que ejerce es el de libertad religiosa que, desde luego, incide en su salud y en su vida aunque, ya sabemos, no es lo directamente querido o pretendido. Claramente se puede afirmar que el menor no realiza una disposición sobre su cuerpo que implique, en último término, ejercer el derecho a la integridad corporal pues, de facto, lo que sí hubiera implicado este ejercicio hubiera sido autorizar la transfusión, en cuanto ingerencia en el cuerpo que efectivamente afecta a la integridad del mismo, extremo que sabemos no se produjo.

Es la Sentencia de la Audiencia Provincial de 20 de noviembre de 1996 la que, en relación con el derecho del paciente a la autodeterminación, se pregunta por el momento a partir del cual “puede el menor que conserva la consciencia decidir sobre si se le aplica o no un determinado tratamiento, si cuando deja de serlo (menor) por alcanzar la mayoría de edad, o... cuando tiene suficiente juicio (cosa que en nuestro derecho se puede dar incluso antes de alcanzar los doce años, artículo 92 del Código Civil), o cuando puede consentir una relación sexual (doce años para el artículo 181 del vigente Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), etc”. Y, en relación con ello, señala (para el caso de que haya de ser negado tal derecho a quien sea menor) la eventualidad de una quiebra o vulneración del art. 15 CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), en atención a la reacción observada en el caso que nos ocupa por el hijo de los ahora recurrentes, ante la perspectiva de la práctica de la transfusión, a la que se opuso mediante “una reacción de auténtico terror que no pudo ser disipado o neutralizado pese a toda la fuerza de persuasión desplegada, con empeño, por todo el personal sanitario”²⁵.

Reconoce el Alto Tribunal que, “Es cierto que el Ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad. Ello se aprecia en

²⁵ FJ.2º.

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

Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de 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”²⁶.

El Tribunal alude a la dificultad de reconocer la eficacia jurídica de la negativa del menor a la transfusión por ser un acto de naturaleza irreversible que afecta al sentido negativo de la vida, introduciendo el Alto Tribunal un factor sociológico y emotivo, por encima de cualquier argumentación o consideración jurídica, como es la dificultad de la sociedad para dejar en manos de un menor la decisión de rechazar un tratamiento que le conduzca a la muerte o atente contra su salud de forma irreversible. Pero a continuación, el Tribunal Constitucional

²⁶ FJ. 10º.

introduce un razonamiento jurídico al señalar que: “En todo caso, y partiendo de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza –y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas– que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que de ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar”²⁷.

Aquí, el Tribunal admite, siquiera indirectamente, la posibilidad de dejar en manos de un menor con suficiente capacidad natural o madurez de juicio la decisión de rechazar un tratamiento lo que ocurre es que considera que en el supuesto objeto del recurso de amparo el menor carece de la suficiente madurez. El argumento del Constitucional no deja de ser coincidente con el criterio que hemos defendido de la suficiencia de la capacidad natural del menor para ejercer un derecho fundamental y, en concreto, el de libertad religiosa. Por eso es suficiente la capacidad natural para admitir la eficacia del rechazo por el menor de la transfusión de sangre, de lo contrario se estaría infringiendo gravemente su conciencia²⁸. Ahora bien, la capacidad natural no es un concepto uniforme, siempre la misma para cualquier acto o para el ejercicio de cualquier derecho fundamental, sino que debe valorarse en relación a la naturaleza y

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ HERVADA, J., “Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica”, en *Persona y Derecho*, XI, 1984, pág. 50; SANTOS MORÓN, M.^a 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*, 2002-7, D-262, págs. 1635-1636; GARCÍA GARNICA, M.^a C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones al honor y a la propia imagen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 157-158; ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op.cit., pág. 128.

trascendencia del acto, de suerte que un determinado grado de capacidad natural puede ser suficiente para un acto determinado pero no para otro. Está claro que realizar un acto de culto o rechazar una transfusión por motivos religiosos son actos ambos de ejercicio del derecho a la libertad religiosa pero lógicamente la capacidad natural exigida para la realización es distinta por su diversa naturaleza y alcance o trascendencia.

No obstante, si bien la doctrina va siendo cada vez más partidaria de admitir las decisiones sobre la salud por el menor con la suficiente madurez, a la hora de reconocerle actitud para negarse a una transfusión, por el carácter irreversible de esta decisión, se muestra remisa a su reconocimiento en aras a la protección de su vida como valor superior²⁹.

5. EL CONFLICTO PRESUNTO ENTRE LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS PADRES Y EL DERECHO A LA VIDA DEL MENOR: LA POSICIÓN DE GARANTES DE LOS PADRES

5.1. INTRODUCCIÓN

Junto con el conflicto anteriormente estudiado, la relevancia de la oposición del menor a la transfusión, la STC 154/2002 presenta aparentemente un conflicto entre la libertad religiosa de los padres y el derecho a la vida del menor que, en realidad, se traduciría en explicitar los límites de la obligación de los padres de actuar en interés del menor y si los padres en el ejercicio de su libertad religiosa pueden eximirse de los deberes inherentes a la patria potestad, como sería velar por la salud y la vida del menor.

Estudiaremos como el derecho a la libertad religiosa de los padres tiene límites derivados del respeto a los derechos de los demás, de un lado; de otro, de la obligación de los padres de

²⁹ GALÁN CORTÉS, J.C., *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Ed. Colex, Madrid, 1997, pág. 260.

actuar en interés del menor, colocándoles el ordenamiento jurídico en una posición especial de garantes que les obliga a velar por la vida y la salud de menor, sin que puedan aducir para eximirse de esta obligación motivaciones religiosas o de conciencia.

En realidad el conflicto analizado en la STC 154/2002 no se produce entre la libertad religiosa y la vida del menor, sino entre la libertad religiosa de éste y su propia vida; y por tanto la cuestión radica en explicitar si los padres en su posición de garantes se les podía exigir, ante la negativa reiterada del menor a ser transfundido, un comportamiento suasorio al margen de sus convicciones religiosas, que podríamos calificar de pluscuamperfecto, tendente a convencer al menor para que acepte la transfusión obviando sus convicciones religiosas y las manifestadas por el propio menor. En último término la cuestión se reduce a explicitar si los padres, en este caso concreto, habían perdido o no la condición de garantes que les impone el art. 39 CE.

5.2. LA PATRIA POTESTAD Y EL INTERÉS DEL MENOR A LA VIDA Y A LA SALUD

El concepto de interés del menor, importado del Derecho internacional, es un principio de toda actuación, tanto pública como privada, que se siga en relación con un menor. Lógicamente es el principio inspirador del ejercicio paterno de la patria potestad, por eso conforme al art. 154 CC: “La patria potestad se ejercerá en beneficio del menor de acuerdo con su personalidad”³⁰.

Lógicamente, la obligación más importante de los padres en relación con el hijo menor es proteger su vida y salud, en cuanto

³⁰ Sobre el interés del menor puede verse: RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2ª ed. Dykinson, Madrid, 2007; ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op.cit.

OBJECIÓN DEL MENOR A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS Y PÉRDIDA
DE LA POSICIÓN DE GARANTES DE LOS PADRES: A PROPÓSITO DE LA
STC 154/2002 DE 18 JULIO

soporte de todos los demás derechos fundamentales. Por eso, para facilitarles el cumplimiento de este deber inherente a la patria potestad, el artículo 5.1 de la Le 41/2002 establece que los padres son titulares del derecho a la información asistencial cuando el menor, a criterio del médico que le asista, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico³¹. En este sentido, el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002 dispone que cuando el menor de edad no sea capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención corresponde a los representantes legales, después de haberle escuchado si tuviese doce años, decidir sobre la prestación del consentimiento. Se trata de una facultad atribuida a los padres para facilitarles el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. La decisión de autorizar un tratamiento por los padres deber ser tomada en interés del menor que, parece claro, sería la realización de todos los actos conducentes a restaurar y proteger la vida y la salud del menor evitando cualquier menoscabo de las mismas. En último término, el interés del menor se identificará con su derecho a la salud y a la vida³². Ahora bien, la claridad con la que se presenta este interés puede verse empañada por las creencias religiosas de los padres y/o del propio menor, como ocurre en el supuesto resuelto por la STC 154/2002.

**5.3. LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE GARANTES POR LOS
PROGENITORES: LA PREVALENCIA DEL EJERCICIO DE LA
LIBERTAD RELIGIOSA**

Ya hemos señalado que el recurso de amparo se suscitó porque la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de

³¹ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación.

³² ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op.cit., págs. 125-126.

1997³³ condenaba a los padres a un delito de comisión por omisión que entre otros requisitos exige, conforme al art. 11 Código Penal, la existencia de una obligación legal o contractual de actuar³⁴. Los padres, tal y como señala el TS, tienen la posición de garantes de la salud de los hijos, tal y como se infiere del art. 39.1 CE al consagrar el deber que tienen los padres de prestarles asistencia de todo orden. No obstante, la STS configuraba la cuestión como un conflicto entre la libertad religiosa de los padres y el derecho a la vida de menor, lo que luego veremos no es acertado.

En mi opinión es más correcto el planteamiento realizado por la parte recurrente en amparo, la cual aduce la existencia de una lesión del derecho a la libertad religiosa de los padres del menor que, además, conllevaría también o necesariamente una conculcación del derecho a la libertad religiosa del propio menor. Además, cuestiona la parte recurrente que se trate de un conflicto entre la libertad religiosa de los padres y el derecho a la vida del menor, tal y como hace la sentencia recurrida³⁵, estimando este

³³ RJ. 1997/4987.

³⁴ “La estructura del delito de comisión por omisión que ha venido precisando la doctrina de esta Sala (*Cfr.*, entre otras muchas, Sentencia de 28 enero 1994 [RJ 1994\125]) no se ve desautorizada por el artículo 11 del nuevo Código Penal. El tipo objetivo se integra por las siguientes notas: a) que la no evitación del resultado que implica la omisión sea equivalente a su causación; b) que el resultado que no se ha evitado sea típico y c) que se haya infringido un especial deber jurídico que le era exigible para la evitación del resultado por su posición de garante. Y las fuentes de esa posición de garantía vienen concretadas en el citado artículo 11, en una doble alternativa, en los siguientes términos: «a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar» y «b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente». Se afirmará la imputación objetiva del resultado cuando el sujeto que se hallaba en posición de garante hubiese podido evitarlo mediante la acción que le era exigible y ha omitido”, FJ. Único.

³⁵ “(...) Muy distinta es la situación cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar la vida o evitar un daño irreparable es un menor. En este caso es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento al

conflicto como meramente presunto, y cuya realidad niega, porque ni el menor buscaba suicidarse ni los padres quisieron su muerte, pues la contradicción se planteaba entre la conciencia religiosa del menor y un tratamiento médico al que éste, por su propio derecho y convicción, se oponía. Concluye la demanda de amparo, que es inconstitucional la exigencia judicial del deber de disuadir a su hijo –de trece años de edad y acreditada la madurez de pensamiento y voluntad- de su personal y legítima decisión de rechazar, en el ejercicio de sus derechos a la libertad religiosa y de conciencia y a la integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano, un tratamiento transfusional del que sus propios cuidadores médicos y judiciales desistieron; con mayor razón si ello es hasta el extremo de erigir dicha exigibilidad en presupuesto de omisión punible y determinante de una muerte que ellos nunca quisieron ni aceptaron, agotando las posibilidades a su alcance de salvar la vida y la dignidad de su hijo con un comportamiento ejemplar³⁶.

El Tribunal Constitucional, tras hacer una síntesis de la doctrina constitucional sobre el contenido de la libertad religiosa³⁷, alude a sus límites y, en concreto, al límite del respeto

menor aunque los padres hayan expresado su oposición. El derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres. Si éstos dejan morir a su hijo menor porque sus convicciones religiosas prohíben el tratamiento hospitalario o la transfusión de sangre se genera una responsabilidad penalmente exigible”, FUNDAMENTO ÚNICO.

³⁶ ANTECEDENTE 3.

³⁷ “En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, F. 9, 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”, 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 frente a terceros (SSTC 19/1985 [RTC 1985, 19], F.2; 120/1990 [RTC 1990, 120], F.10, y 137/1990 [RTC 1990, 137], F. 8)”. Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de

a los derechos de terceros: “La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades así como la laicidad y neutralidad del Estado. La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, 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 CE, limita sus manifestaciones”³⁸.

En realidad no deja de ser un argumento a favor de que el derecho a la libertad religiosa de los padres no puede lógicamente prevalecer sobre el derecho a la vida del menor. Pero, en realidad, el conflicto no es entre la libertad religiosa de los padres y el

agere licere lo es “con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualquiera grupos sociales” (STC 46/2001 [RTC 2001, 46], F. 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo [RTC 1982, 24], y 166/1996, de 28 de octubre [RTC 1996, 166] y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”.

La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce además “en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso” (STC 46/2001 [RTC 2001, 46], tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (RCL 1980, 1680 y ApNDL 3636)(LOLR), relativas, entre otro particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociados para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades”, FJ. 6º.

³⁸ F.J. 7º.

OBJECCIÓN DEL MENOR A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS Y PÉRDIDA
DE LA POSICIÓN DE GARANTES DE LOS PADRES: A PROPÓSITO DE LA
STC 154/2002 DE 18 JULIO

derecho a la vida del menor, sino entre el rechazo del tratamiento por motivos religiosos por parte del menor y su propia vida³⁹.

El problema en relación con la existencia o no de responsabilidad penal de los padres, que es el objeto del recurso de amparo, estriba no en dilucidar un posible conflicto entre los derechos fundamentales de los padres y del hijo, que sabemos no existen, sino en determinar si los padres se encontraban en posición de garantes respecto a la decisión de la transfusión con el fin de explicitar si su actitud de no disuadir al menor era o no objeto de reproche penal y, por tanto, constitutiva de delito. Esta cuestión fue abordada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca y por la Sentencia del Tribunal Supremo de forma diferente. La STC 154/2002 hace una síntesis de la doctrina contenida en la Sentencia de la Audiencia Provincial: “Dice además la expresada Sentencia (se refiere a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca) que no es exigible a los padres una conducta (sea la de pedir o aprobar la transfusión, sea la de convencer al hijo para que admita ésta) que es contraria a su conciencia y convicciones religiosas y «a las enseñanzas que, en un uso y ejercicio regular, normal y ordinario de su libertad religiosa, habían ido transmitiendo a su hijo desde mucho antes de que se produjera el accidente, o de que se exteriorizaran los primeros síntomas de la enfermedad.

Afirma igualmente dicha Sentencia que, una vez se da a la sociedad la oportunidad efectiva de sustituir a los padres a tal fin, mediante la reclamación de asistencia médica por los cauces convencionales, aquéllos «pierden ya la condición de garantes,

³⁹ No faltan autores que al acercarse al estudio de la STC 154/2002 la configuran en realidad como un conflicto de derechos fundamentales resueltos por la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional acerca del principio de proporcionalidad para resolver los supuestos de colisión entre derechos fundamentales. Sobre el particular: VALERO HEREDIA, A., *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*, Universitat de València, 2004, págs. 94-109.

aunque no aprueben testimonialmente, en un acto de fe, sin tratar de impedirla (en el caso de que alguien decida efectuarla), una transfusión de sangre».

Dice además la expresada Sentencia que no es exigible a los padres una conducta (sea la de pedir o aprobar la transfusión, sea la de convencer al hijo para que admita ésta) que es contraria a su conciencia y convicciones religiosas y «a las enseñanzas que, en un uso y ejercicio regular, normal y ordinario de su libertad religiosa, habían ido transmitiendo a su hijo desde mucho antes de que se produjera el accidente, o de que se exteriorizaran los primeros síntomas de la enfermedad».

Afirma igualmente dicha Sentencia que, una vez se da a la sociedad la oportunidad efectiva de sustituir a los padres a tal fin, mediante la reclamación de asistencia médica por los cauces convencionales, aquéllos «pierden ya la condición de garantes, aunque no aprueben testimonialmente, en un acto de fe, sin tratar de impedirla (en el caso de que alguien decida efectuarla), una transfusión de sangre»⁴⁰.

La otra posición fue la del Tribunal Supremo que consideró reprochable penalmente la actitud de los padres de negarse a disuadir al menor por considerar que los padres seguían conservando la posición de garantes: “Por su parte, la primera de las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo señala (fundamento jurídico único) que correspondía a los padres, en el ejercicio de sus atribuciones como titulares de la patria potestad, la salvaguarda de la salud del menor, de la cual eran garantes. Por ello, según dicha Sentencia, tenían el deber moral y legal de hacer todo lo que fuere preciso para evitar cualquier situación que pusiese en peligro su salud o su vida, «estando obligados a proporcionar a su hijo la asistencia médica que hubiere precisado».

⁴⁰ FJ. 4º.

OBJECCIÓN DEL MENOR A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS Y PÉRDIDA DE LA POSICIÓN DE GARANTES DE LOS PADRES: A PROPÓSITO DE LA STC 154/2002 DE 18 JULIO

Entiende dicha Sentencia que los padres no habían perdido la condición de garantes, condición que no resultaba afectada ni por el hecho de que «[hubiesen] reclamado la asistencia médica por los cauces convencionales, dando a la sociedad la oportunidad efectiva de sustituirles» ni por el hecho de que el menor se hubiera opuesto también a la transfusión de sangre. Y fundamenta tal conclusión en el hecho de que continuaron ejerciendo las funciones y deberes propios de la patria potestad «en los momentos y tiempos que fueron cruciales para la vida del niño como lo evidencia su negativa a la transfusión, que llegaron a hacer constar por escrito, ante los médicos del Hospital del Vall d'Hebrón, de Barcelona, cuando éstos les informaron de la urgencia de la transfusión, y que nuevamente rechazaron ante los requerimientos de los médicos del Hospital General de Cataluña cuando les reiteraron la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, hechos que confirman la vigencia de su posición de garantes en momentos que podrían salvar la vida de su hijo, y que igualmente ejercieron cuando trasladaron a su hijo a su domicilio, donde permaneció desde el día 9 hasta el día 12 de septiembre, fecha en la que lo llevaron a Barcelona».

Además, según la expresada Sentencia, los padres del menor fallecido «tuvieron pleno conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar», de modo que «no se les ocultaba el deber de prestar a su hijo la asistencia médica que era exigida para salvarle la vida». E indica, al efecto, que «estaban impuestos y tenían conocimiento de su capacidad de acción, es decir de la posibilidad de autorizar una transfusión que hubiera evitado la muerte de su hijo», y que asimismo «tuvieron conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante... es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado».

Por ello estima la Sentencia que «los padres, 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», de modo que con tal omisión «se generaba

una situación equivalente a la causación del resultado típico». Además, sabedores de que no había tratamientos alternativos al de la transfusión, «el conocimiento y conciencia del máximo grado de probabilidad de que realmente se produjera la muerte de su hijo supone tanto como aceptarla, al rechazar la única alternativa salvadora que existía, aunque les estuviera prohibida por razones religiosas, rechazo que mantuvieron cuando la vida de su hijo aún podía ser salvada». De ello concluye la Sentencia que «debe afirmarse la presencia del dolo eventual, que no queda excluido por el deseo vehemente de que no se hubiese producido el resultado de muerte».

La toma en consideración de la motivación religiosa de la conducta enjuiciada lleva a la Sala no a su exculpación –como en la instancia– sino a la atenuación de la responsabilidad penal de los ahora recurrentes, cuya conducta se subsume –dada su condición de garantes– en el tipo penal de homicidio (art. 138 CP), en su modalidad de comisión por omisión [art. 11 a) CP], con la apreciación de la concurrencia de una atenuante, muy cualificada, de obcecación o estado pasional, rechazando el parentesco como agravante y mostrando su disposición favorable al indulto”⁴¹.

Por su parte el Tribunal Constitucional no considera que estemos ante un conflicto de derechos fundamentales: “En primer lugar, se les exigía una acción suasoria sobre el hijo a fin de que éste consintiera en la transfusión de sangre. Ello supone la exigencia de una concreta y específica actuación de los padres que es radicalmente contraria a sus convicciones religiosas. Más aún, de una actuación que es contradictoria, desde la perspectiva de su destinatario, con las enseñanzas que le fueron transmitidas a lo largo de sus trece años de vida. Y ello, además, sobre la base de una mera hipótesis acerca de la eficacia y posibilidades de

⁴¹ *Ibidem*.

éxito de tal intento de convencimiento contra la educación transmitida durante dichos años.

En segundo lugar, se les exigía la autorización de la transfusión, a la que se había opuesto el menor en su momento. Ello supone, al igual que en el caso anterior, la exigencia de una concreta y específica actuación radicalmente contraria a sus convicciones religiosas, además de ser también contraria a la voluntad –claramente manifestada– del menor. Supone, por otra parte, trasladar a los padres la adopción de una decisión desechada por los médicos e incluso por la autoridad judicial –una vez conocida la reacción del menor–, según los términos expuestos en el párrafo tercero del relato de hechos probados de la sentencia de instancia [antecedente 2 b) y fundamento jurídico tercero, apartado c), ambos de la presente Sentencia].

En tercer lugar, es oportuno señalar que los padres, ahora recurrentes, llevaron al hijo a los hospitales, lo sometieron a los cuidados médicos, no se opusieron nunca a la actuación de los poderes públicos para salvaguardar su vida e incluso acataron, desde el primer momento, la decisión judicial que autorizaba la transfusión, bien que ésta se llevara a cabo tardíamente (concretamente, cuando se concedió una segunda autorización judicial, varios días después de la primera). Los riesgos para la vida del menor se acrecentaron, ciertamente, en la medida en que pasaban los días sin llegar a procederse a la transfusión, al no conocerse soluciones alternativas a ésta, si bien consta, en todo caso, que los padres siguieron procurando las atenciones médicas al menor⁴².

“En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, 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

⁴² FJ. 14º.

allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias.

Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE). Por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las Sentencias recurridas en amparo⁴³.

El Tribunal Constitucional aborda la cuestión objeto del recurso de amparo, de modo acertado, situándola en términos estrictamente jurídicos. La clave radica, según el Ato Tribunal, en determinar si los padres, titulares de la patria potestad, han perdido la posición de garantes en lo tocante a la decisión de la transfusión y, por tanto, excluyendo por parte del Tribunal Constitucional la posible existencia de un conflicto presunto entre la vida del menor y el derecho a la libertad religiosa de los padres. El Tribunal Constitucional considera que los padres habrían perdido la condición de garantes respecto a la decisión de la transfusión y por tanto les concede el amparo eximiéndoles de responsabilidad penal. Los padres habían perdido dicha condición toda vez que no impidieron la acción de los poderes públicos para su práctica y, es sabido, corresponde también a los poderes públicos la protección de los menores; además, el Tribunal Constitucional atribuye relevancia a la fuerte oposición del menor a ser transfundido, oposición que por lo demás aconsejó a los médicos, a pesar de estar autorizados judicialmente, a no practicarla por considerar su práctica inmoral y contraproducente desde el punto de vista de la ciencia médica. Por eso, piensa el Alto Tribunal, que en estos supuestos no sería lógico exigirles a los padres un comportamiento suasorio o pluscuamperfecto que supusiera la lesión efectiva del núcleo esencial inherente a la

⁴³ FJ. 15°.

OBJECIÓN DEL MENOR A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS Y PÉRDIDA
DE LA POSICIÓN DE GARANTES DE LOS PADRES: A PROPÓSITO DE LA
STC 154/2002 DE 18 JULIO

libertad religiosa que no puede contradecirse y que, en modo alguno, hubiera servido para salvaguardar la vida del menor.

