

# Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos

A propósito de la STC 154/2002 de 18 de julio de 2002

## Rosana Triviño Caballero

Instituto de Filosofía  
CCHS-CSIC

## ***Abstract\****

*Este trabajo tiene por objeto el análisis de la autonomía de la decisión del paciente en el ámbito sanitario público español cuando aquélla se encuentra condicionada por las creencias religiosas. A partir de la STC 154/2002, de 18 de julio, se realiza un estudio de la normativa que regula el principio de autonomía del paciente, lo que permite seguir reflexionando sobre el supuesto escogido. La actualidad de esta sentencia estriba en el hecho de que en ella el Tribunal abre el camino a una diversidad interpretativa en el orden de valores generalmente admitido -en este caso, la percepción sacralizada del derecho a la vida- y sienta un precedente para el reconocimiento, de facto, de creencias minoritarias.*

*This paper's object is the analysis of the patient's autonomy to decide within the framework of the Spanish public health care system when such freedom is determined by religious beliefs. Starting from the July 18th STC 154/2002 a study of the rules that regulate the principle of the patient's autonomy is carried out, enabling one to continue to reflect on the chosen case. The topicality of the sentence lies in the fact that in it the Court yields a wide range of interpretations regarding the generally accepted order of values -in this case, the consecrated perception of the right to life - and sets a precedent for the recognition, de facto, of minority beliefs.*

*Title:* Patient's autonomy and rejection of treatment on religious grounds with regard to the STC 154/2002.

*Keywords:* patient's autonomy, religious minority beliefs, range of interpretations, perception of the right to life.

*Palabras clave:* autonomía del paciente, creencias religiosas minoritarias, diversidad interpretativa, percepción del derecho a la vida.

---

\* Este artículo surge del trabajo final de investigación para el Diploma del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales premiado en la edición 2008/2009. Agradezco a mi entonces tutor, Gonzalo Arruego, su constante dedicación e inestimable ayuda; a él debo todo lo que de valor pueda tener este trabajo. Su redacción definitiva se ha producido en el marco de una beca JAE-predocctoral de la Unidad Asociada de Éticas Aplicadas Universidad de Salamanca-Instituto de Filosofía del CSIC y de los proyectos de investigación "Una fundamentación de los derechos humanos desde la lógica del razonamiento jurídico" (HUM2006-03669/FISO) y "Actualidad de las éticas aplicadas" (CSIC-Proyectos Intramurales Especiales 200710I002).

## *Sumario*

1. Introducción
2. El principio de autonomía del paciente en el ordenamiento español. El consentimiento informado
  - 2.1. El régimen jurídico del consentimiento informado en la Ley 41/2002. Antecedentes, desarrollo y aspectos relevantes relacionados con la STC 154/2002
    - a. Excepciones al consentimiento
    - b. Consentimiento por representación. El supuesto del consentimiento en menores
    - c. Rechazo de tratamiento
  - 2.2. El desarrollo normativo de la Ley 41/2002 por parte de las Comunidades Autónomas en materia de consentimiento informado en relación con la STC 154/2002
    - a. Derechos de los pacientes
    - b. Consentimiento en menores. Capacidad, madurez y mayoría de edad sanitaria
    - c. Consentimiento por representación
    - d. Consentimiento en caso de urgencia
3. Algunas consideraciones finales en torno a la autonomía del paciente a la luz del supuesto objeto de comentario
4. Tabla de jurisprudencia citada
5. Bibliografía

## 1. *Introducción*

La realidad multicultural española constituye en la actualidad un hecho incuestionable. Como consecuencia de los procesos migratorios, se han ido asentando en nuestro país comunidades culturales cuyos elementos identitarios difieren de los aquí tradicionales y conocidos. Muestra de ello son el millón cuatrocientos mil creyentes protestantes distribuidos en dos mil seiscientas congregaciones evangélicas y el millón y medio de musulmanes que residen legalmente en España<sup>1</sup>. Paralelamente a este hecho, se observa un significativo proceso secularizador. Si en 1978 el 90% de los españoles se confesaba católico, practicante y comprometido con sus creencias religiosas<sup>2</sup>, en 2009, del 76% que se reconoce católico, sólo el 15,3% dice ser practicante regular y el 20,3% no se considera de ninguna religión<sup>3</sup>.

La secularización de la sociedad española, propia de muchos otros estados europeos, ha conducido lenta y progresivamente a la separación Iglesia-Estado y, como consecuencia, a la conformación de una sociedad civil que se rige por pautas constitucionales desprovistas de connotaciones religiosas<sup>4</sup>. Así, la Constitución de 1978 supuso un importante alejamiento del catolicismo propio de épocas anteriores y el punto de partida para ejercer el derecho a asumir –o no– cualquier creencia ideológica o religiosa sin ser sometido a persecución o discriminación por ello.

La apertura a la libertad religiosa frente al monismo católico franquista ha dado paso a nuevos conflictos que guardan relación con la variedad de manifestaciones del fenómeno religioso en el momento actual. En este sentido, cobran especial relevancia aquellas cuestiones relacionadas con la vida, el sufrimiento y la muerte, preocupaciones centrales, todas ellas, tanto de la medicina como de la religión. El ámbito sanitario se convierte así en un laboratorio donde emergen dificultades que es preciso resolver. En este sentido, a los conocidos problemas que acarrea la negativa de los testigos de Jehová a recibir

---

<sup>1</sup> BEDOYA (2008).

<sup>2</sup> COMAS (2005, pp. 94-95).

<sup>3</sup> Datos extraídos del estudio nº 2811, barómetro de julio de 2009, realizado por el CIS ([http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1\\_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=9660](http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=9660)).

<sup>4</sup> No obstante, como señala VALERO (2002, p. 274): “En el caso español, (...) el binomio ‘separatismo-cooperación’ conformado en el artículo 16 CE, impidió forjar una absoluta neutralidad de los poderes públicos respecto de las creencias religiosas de los ciudadanos. La aconfesionalidad del Estado no se pensó reñida, pues, con la obligación de los poderes públicos de cooperar con la Iglesia Católica y demás confesiones con el fin de garantizar el efectivo pluralismo de creencias de la sociedad”.

transfusiones de sangre, se suman progresivamente nuevos conflictos que, por el momento y en su mayoría, no llegan a los tribunales de justicia. Sirvan como ejemplo la circuncisión por motivos religiosos en niños musulmanes y judíos, la negativa de las mujeres musulmanas –o de sus maridos- a ser atendidas por médicos varones o la solicitud de certificados de la virginidad de las niñas con fines matrimoniales<sup>5</sup>.

En este contexto, el presente trabajo parte de una importante sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 154/2002, de 18 de julio, que aborda, entre otras cuestiones, la problemática suscitada por el rechazo a las hemotransfusiones por parte de los testigos de Jehová. El supuesto plantea la penalización de la conducta de unos testigos de Jehová, padres de Marcos, un menor de 13 años que murió tras negarse a que se le practicara una transfusión de sangre. La condena penal recayó sobre los padres por el resultado de muerte del menor, al no haberle convencido para que cediera ni haber consentido ellos mismos dicha intervención, que finalmente fue autorizada por el juzgado de guardia. En un primer momento, el Juzgado de Instrucción falló a favor de los padres por considerar que no se les podía exigir una conducta contraria a su conciencia religiosa y sus enseñanzas. El fiscal recurrió la sentencia y el Tribunal Supremo condenó a los progenitores por un delito de homicidio por omisión de los deberes derivados de la paternidad. Sin embargo, la Sala reconoció la motivación religiosa que originó este modo de actuar y procedió a atenuar la pena, absolviendo parcialmente a los condenados con posterioridad. Los padres recurrieron en amparo, puesto que consideraban que estaban ejerciendo su derecho de libertad religiosa cuando, siguiendo sus creencias, decidieron “no intervenir”. La prohibición impuesta por los postulados de su credo religioso resultaba contraria a las obligaciones que, en principio, se les suponía como padres del menor. De hecho, los condenados alegaron en el recurso que, a través de su conducta omisiva, actuaron en legítimo ejercicio de su libertad religiosa y de la propia libertad religiosa de su hijo, quien se había resistido con vehemencia a recibir la transfusión. En la sentencia del Constitucional, cuyo vigor reside en la apertura a la variedad interpretativa, lo que se plantea es si es exigible una concreta limitación de la libertad de creencias de los padres con el fin de proteger el derecho a la vida de su hijo.

El esquema de contenidos que se va a seguir es el siguiente. En un primer momento, se expondrá la regulación normativa en el ordenamiento español de la autonomía del paciente, concretada a través de la figura del consentimiento informado. De ella se ocupa la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE nº 274, de 15.11.2002) (en adelante, Ley 41/2002), de la que se han escogido aquellos aspectos que resultan más relevantes con relación al supuesto que nos ocupa. A continuación, se hace lo propio con el desarrollo autonómico al que el carácter básico de esta Ley ha dado lugar.

Tras establecer el marco teórico, se reflexionará en torno a algunas cuestiones importantes que plantea el supuesto objeto de estudio. Aquí encontraremos que el derecho a la libertad

---

<sup>5</sup> MORENO y GARCÍA (2008).

religiosa y el derecho a la integridad física y a la vida rozan sus límites cuando la preservación de la salud y la vida no resulta compatible con el seguimiento de las propias creencias.

## ***2. El principio de autonomía del paciente en el ordenamiento español. El consentimiento informado***

### **2.1. El régimen jurídico del consentimiento informado en la Ley 41/2002. Antecedentes, desarrollo y aspectos relevantes relacionados con la STC 154/2002**

El consentimiento informado es la concreción más clara del principio de autonomía del paciente en el ámbito sanitario. Supone una vía de manifestación de la voluntad del individuo respecto a su propia salud a la que da cobertura, entre otros, el derecho fundamental a la integridad física y moral (artículo 15 CE). A pesar de su importancia, el modelo médico paternalista imperante desde el Juramento hipocrático<sup>6</sup> no dio paso a una mayor relevancia de la voluntad del paciente hasta momentos relativamente recientes<sup>7</sup>.

En el caso de España, su incorporación progresiva al ordenamiento jurídico comienza con la Constitución de 1978, como exigencia vinculada a los derechos fundamentales que consagra. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE nº 102, de 29.4.1986) (en adelante, Ley General de Sanidad) desarrollaba en su artículo 10 la denominada “Carta de los Derechos de los Pacientes”, cuyo apartado sexto se refería específicamente al consentimiento informado. Esta Ley supuso un importante punto de partida para la configuración de un nuevo sistema sanitario público. Su objetivo fundamental era universalizar el derecho a la protección de la salud, haciendo así efectivo el artículo 43 CE y estableciendo uno de los ejes básicos para la puesta en práctica del Estado de bienestar. Como ya ocurriera previamente en otros países, se apostó por un modelo asistencial centrado en la humanización de los servicios sanitarios y el respeto por la dignidad de la persona y la libertad individual. Así pues, la Ley General de Sanidad supuso el comienzo del desarrollo progresivo de la autonomía del paciente en el ámbito sanitario a través del consentimiento informado. Con esta premisa, el consentimiento informado se concibe en sus inicios como el acto informativo acerca de la enfermedad, los procedimientos terapéuticos, sus riesgos y beneficios, para obtener la aprobación, libre de toda coacción,

---

<sup>6</sup> Para una historia detallada del paternalismo médico, véase GRACIA (2007, pp. 24-104).

<sup>7</sup> El consentimiento informado, tal como se concibe hoy, se estableció por primera vez en el Código de Núremberg en 1948, tras los experimentos con humanos que el régimen nazi realizó durante la Segunda Guerra Mundial.

del paciente<sup>8</sup>. Más adelante, el consentimiento informado tiende a entenderse no ya como un hecho informativo puntual, sino como un proceso deliberativo a través del cual se produce una relación de reciprocidad entre médico y paciente y con el que se pretende que éste adquiera un protagonismo mayor<sup>9</sup>.

El paso definitivo para el ordenamiento español en cuanto a las previsiones relativas a la autonomía del paciente fue el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (BOE nº 251, de 20.10.1999) (en adelante, Convenio de Oviedo), suscrito el 4 de abril de 1997 y que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. El documento regula cuestiones que estaban ausentes en la Ley General de Sanidad, tales como la revocabilidad del consentimiento (artículo 5, 3º), la posibilidad de renuncia del paciente a la información (artículo 10.2), las voluntades anticipadas (artículo 9) o la relevancia de las opiniones de menores e incapaces (artículo 5). Al mismo tiempo, pretende establecer un marco común que armonice la diversidad legislativa de los países firmantes. El Convenio de Oviedo es un precedente fundamental para la génesis de la actual Ley 41/2002 y así queda establecido en su exposición de motivos. De hecho, la citada Ley supone la adaptación de las previsiones del Convenio al régimen jurídico español, respondiendo de este modo a la inquietud política y social por la defensa de los derechos del paciente<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> En estos términos sigue apareciendo en el Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial, que data de 1999. En él se establece que “los pacientes tienen derecho a recibir información sobre su enfermedad y el médico debe esforzarse en dársela con delicadeza y de manera que pueda comprenderla” (artículo 10.2). Por su parte, el artículo 10.4 especifica que “cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo, el médico le proporcionará información suficiente y ponderada a fin de obtener, preferentemente por escrito, el consentimiento específico imprescindible para practicarlas”.

<sup>9</sup> En esa línea se expresa GRACIA (2000, p. 17): “[El consentimiento informado es] parte de la afirmación de que todos los seres humanos adultos y competentes tienen el derecho y el deber de gestionar responsablemente su vida y su muerte. La teoría del consentimiento informado no se limita a la concesión de autonomía al enfermo, sino que es todo un proceso colaborativo en la toma de decisiones, un amplio programa de deliberación participativa”. La evolución del paternalismo médico al modelo deliberativo es explicado también por SIMÓN y JÚDEZ (2001, pp. 99-106). Sobre la actuación médica en el caso concreto de un paciente testigo de Jehová, véase SEOANE (2009, pp. 9-10).

<sup>10</sup> Prueba de ello son los documentos jurídicos previos redactados por organismos internacionales (Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, de 1994 o el ya mencionado Convenio de Oviedo); las leyes autonómicas que precedieron a la Ley -Ley 21/2000, de Cataluña, de 29 de diciembre, sobre derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica (BOE nº 29, de 2.2.2001); Ley 3/2001, de Galicia, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y la historia clínica de los pacientes (BOE nº 158, de 3.7.2001); Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud de Extremadura (BOE nº 186, de 5.8.2005); Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón (BOE nº 121, de 21.5.2002); Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos de los pacientes a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (BOE nº 129, de 30.5.2002) - y la

A pesar de que la Ley 41/2002 no sea del todo novedosa, pues muchas de las materias que regula ya eran objeto de la Ley General de Sanidad como desarrollo del artículo 43 CE, sí enfatiza el derecho a la autonomía del paciente. Su regulación del consentimiento informado significa que el paciente es parte activa de la relación clínico-asistencial, reconociéndosele la capacidad para tomar y asumir las decisiones relativas a su salud. Ejemplo de ello son, entre otros, sus artículos 2 y 4. En el artículo 2, se establece que “la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad” orientarán todas las actuaciones relacionadas con la obtención y tratamiento de la información (apartado 1). Asimismo, se determina que el consentimiento del usuario o paciente deberá ser recabado después de haberle proporcionado adecuadamente la información relativa a su proceso (apartado 2) y que aquél podrá decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles (apartado 3). En el apartado 4 del mismo artículo, se reconoce el derecho de todo paciente o usuario a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos por la Ley. Finalmente, el apartado 6 obliga a los profesionales sanitarios, además de a la aplicación correcta de sus técnicas, al cumplimiento de los deberes de información y al respeto de las decisiones adoptadas de manera autónoma por el paciente. Por su parte, el artículo 4, apartado 1, prevé el derecho de los pacientes a conocer toda la información relativa a su proceso, excepto en los casos determinados por la Ley. Del mismo modo, reconoce el derecho de toda persona a que se respete su voluntad de no ser informada.

En este contexto, la ley define el consentimiento informado como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud” (artículo 3, relativo a las definiciones legales). Así, el artículo 8 impone, en primer lugar, la necesidad de su obtención con carácter previo a toda actuación en el ámbito de la salud y, en segundo lugar, los supuestos en que no se dará verbalmente sino por escrito: “intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

A la luz del objeto del presente trabajo, las páginas siguientes dan cuenta de las cuestiones más relevantes relativas a la figura del consentimiento informado.

#### a. Excepciones al consentimiento

Un primer asunto importante lo constituyen las excepciones al consentimiento. La Ley 41/2002 recoge, de manera explícita, dos situaciones: cuando existe riesgo para la salud pública (artículo 9.2.a) y cuando existe riesgo inmediato y grave para la salud del paciente y “no es posible conseguir su autorización” (9.2.b). La introducción aquí de la ausencia de

---

producción normativa al respecto en países como Francia (Ley nº 2002-303, de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los pacientes y a la calidad del sistema sanitario) o Estados Unidos (*Standards for Privacy of Individually Identifiable Health Information*, de agosto de 2002).



autorización da lugar a dos consideraciones. Por un lado, está presente la idea de que, de haber negado el paciente esa autorización, la actuación médica no podría llevarse a cabo, a pesar de encontrarse en una situación de riesgo importante. Por otro lado, al tratarse de una intervención no consentida, las actuaciones clínicas tendrían que ser las imprescindibles para preservar la salud del paciente, tal y como por otra parte ya establece el Convenio de Oviedo en su artículo 8<sup>11</sup>; por tanto, ante la ausencia de consentimiento, parecerían prevalecer, por defecto, la preservación de la salud y la vida, como valores superiores del ordenamiento jurídico<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> “Artículo 8. Situaciones de urgencia. Cuando debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada”.

<sup>12</sup> En el ordenamiento español, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.1 CE, los valores superiores del ordenamiento jurídico son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. No obstante, y en el tema que nos ocupa, el Tribunal Constitucional procedió a la ampliación de este catálogo al incluir también la vida humana; así la STC 53/1985, Pleno, 11.4.1985 (MP: Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant), FJ 3: “(...) dicho derecho a la vida reconocido y garantizado en su doble significación física y moral, por el artículo 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”. Asimismo, se establece que el citado derecho implica “establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales” (FJ 7); la STC 120/1990, Pleno, 27.6.1990 (MP: Fernando García-Mon y González-Regueral, Eurgenio Díaz Eimil y José Vicente Gimeno Sendra), recoge en su FJ 7 que el derecho a la vida implica “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de 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 el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente”; en la STC 48/1996, 2ª, 25.3.1996 (MP: Rafael Mendizábal Allende), FJ 2, se afirma que “La Constitución proclama el derecho a la vida y a la integridad, en su doble dimensión física y moral (art. 15 CE). Soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los fundamentales, tiene un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena, excluidas que han sido de nuestro ordenamiento jurídico la de muerte y la tortura, utilizada otrora también como medio de prueba y prohibidos los tratos inhumanos y degradantes, incluso los trabajos forzados”. Como señala ARRUEGO (2008, p. 55, nota 4), la doctrina aquí expuesta “carece de todo anclaje constitucional. En primer lugar, y así lo pusieron de manifiesto algunas de las voces disonantes surgidas en el seno del propio Tribunal, resulta evidente que, conforme a lo establecido en el artículo 1.1 CE, calificar la vida humana como ‘valor superior del ordenamiento jurídico’ no posee fundamento alguno. Algo similar sucede, en segundo lugar, con la

Además de las dos situaciones señaladas, existe, de facto, una tercera excepción al consentimiento informado: el denominado estado de necesidad terapéutica (artículo 5.4). Esta situación, caracterizada porque el conocimiento de su propio estado podría resultar objetivamente perjudicial para la propia salud del paciente, posibilita restringir la información sanitaria que se le suministra y autoriza al facultativo para actuar profesionalmente sin informarle previamente. De esta limitación del derecho a la información primero y del consentimiento después, puede deducirse nuevamente un interés por parte del legislador de preservar la salud y la vida del enfermo<sup>13</sup>. Resulta significativo que, en el marco de una ley reguladora del principio de autonomía, se deje espacio a la posibilidad de una actuación sin consentimiento (más allá de las excepciones previstas en los artículos 9.2.a y 9.2.b) prescindiendo de la voluntad y las preferencias del paciente<sup>14</sup>. Interpretada literalmente la Ley, el consentimiento informado quedaría sumamente limitado no sólo con el fin de proteger a la colectividad (9.2.a), sino también por un interés heterónomo que pretende procurar el beneficio para la salud individual, ya sea en caso de riesgo inminente (9.2.b) o por motivos de necesidad terapéutica (5.4). Sin embargo, dado que la Ley 41/2002 supone un paso más en el proceso de autonomía del paciente y cuyo precedente más claro se encuentra en el Convenio de Oviedo, parece que se impone una interpretación restrictiva que posibilite el ejercicio del derecho a ser informado y decidir en consecuencia<sup>15</sup>.

---

peligrosa jerarquización que entre normas constitucionales se desprende de las afirmaciones del Tribunal. Finalmente, caracterizar los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral como absolutos e ilimitables es un evidente exceso que, además, el juez de la Constitución contradice reiteradamente en su jurisprudencia. (...) Todas estas afirmaciones alertan acerca de algunas de las más preocupantes y peligrosas tendencias de los pronunciamientos que han abordado la exégesis del primer inciso del artículo 15 de la Constitución. (...) pese a los reiterados esfuerzos del Tribunal, quien afirma expresamente que su juicio ha de desenvolverse necesariamente dentro de los estrictos límites de la argumentación jurídico-constitucional, en ocasiones surge la impresión de que el sentido de su doctrina está marcado por prejuicios de naturaleza estrictamente valorativa".

<sup>13</sup> Sin embargo, hay doctrina que defiende que "desde la perspectiva sistemática de los valores constitucionales no es verdad que el mal que se trata de evitar (muerte) sea superior al que se lesiona (libertad de conciencia), ya que este último afecta de lleno a la base y fundamento de todos los derechos fundamentales, incluida la vida, que es la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.2 CE), lo que ha llevado a la doctrina penal (...) a considerar que sólo la vida libremente deseada es un bien jurídicamente protegido". En LLAMAZARES (2007, p. 405).

<sup>14</sup> Gran parte de la doctrina defiende que el artículo 5.4 ha de ser interpretado "(...) muy restrictivamente: junto a las precauciones que constan, tales como que se base en criterios objetivos y no subjetivos del médico, se ha de circunscribir a los casos en que la información no sea necesaria para emitir un consentimiento válido a una intervención, y que se refiera a otro tipo de información no relevante a estos efectos", en ROMEO CASABONA *et al.* (2006, pp. 38-39). Para un amplio análisis de la inaplicabilidad del estado de necesidad, TOMÁS-VALIENTE LANUZA (1999, pp. 508-520).

<sup>15</sup> En este sentido, GUERRERO (2004, pp. 106) advierte que "no puede dudarse de que una interpretación

b. Consentimiento por representación. El supuesto del consentimiento en menores

Otra de las cuestiones relevantes es el denominado consentimiento por representación que, de conformidad con el artículo 9.3 de la Ley, operaría en los siguientes casos: en primer lugar, cuando “el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable (...), o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación”. En este supuesto, y caso de que el paciente careciera de representante legal, el consentimiento sería prestado por las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Cabe resaltar en este apartado que es el médico quien determina la capacidad del implicado para tomar decisiones. Nótese que el facultativo se ve obligado a valorar, sin criterios específicos legalmente establecidos –más allá de su *lex artis*–, cuándo desplazar la responsabilidad de la decisión del paciente a representantes legales, familiares o personas vinculadas a él<sup>16</sup>. En segundo lugar, cuando el paciente esté incapacitado legalmente. Por último, si se trata de un menor que no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, “el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos”.

En el caso de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, si bajo criterio del facultativo fuera necesaria una actuación de grave riesgo, “los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. Este supuesto plantea conflicto en relación con la implicación del menor en las decisiones, especialmente cuando éstas colisionan con la preservación de su salud, como ocurre en el caso de la STC 154/2002.

---

extensiva de las circunstancias que pueden llevar a que se valore una concreta situación como de estado de necesidad terapéutica haría ineficaz toda la regulación anterior que (...) es tan extraordinariamente celosa de la efectividad de la exigencia de información y (...) del consentimiento posterior (...). Será necesario un especial celo y cuidado para evitar que por esta vía se produzca la fuga del derecho a la información y que una utilización genérica de las situaciones de estado de necesidad terapéutica permita actuaciones médicas sin la exigencia debida de la correspondiente información”.

<sup>16</sup> Efectivamente, la Ley 41/2002 establece el deber del profesional valorar la capacidad del paciente, pero no proporciona indicaciones sobre la manera de hacerlo ni en qué momento esta obligación excede sus competencias y han de ser otras instancias –como las judiciales– las encargadas de determinarla. En el ordenamiento español, la capacidad de una persona se calibra en función de dos criterios, cognitivo y afectivo. Sin embargo, no está previsto un protocolo que evalúe de manera estandarizada la capacidad. Sobre esta cuestión, consúltese SIMÓN *et al.* (2004, pp. 55-74). En relación con este mismo asunto, MOLINA, PÉREZ-AGUA y SIEIRA (2004, pp. 18-19) cuestionan que sea el médico quien deba evaluar la capacidad del paciente para tomar decisiones. Por otra parte, hay quien ha señalado la indeterminación del concepto de personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho incluido en los artículos 9.2.b y 9.3.a. Considerando que la Ley les otorga la potestad de decidir en nombre del paciente, habría sido deseable un mayor grado de concreción, así como alguna pauta de priorización en el caso de que concurran varios familiares o personas vinculadas de hecho al paciente. En ATELA y GARAY (2004, p. 48).

Así pues, la inquietud por proporcionar al menor un marco jurídico adecuado que lo proteja<sup>17</sup> responde a la intención de reconocer una mayor relevancia a la función social que desempeña. Bajo esta consideración, se trata al menor como un sujeto activo, participativo y creativo, capaz de intervenir y modificar tanto sus condiciones personales como su entorno<sup>18</sup>. No obstante, el consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario constituye una de las cuestiones más debatidas y controvertidas de la nueva legislación<sup>19</sup>.

De acuerdo con lo anterior, cabe destacar que el artículo 9.3.c recoge, por primera vez en el ordenamiento español, aunque de forma un tanto confusa, el valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario<sup>20</sup>. Sin embargo, esto no significa que los padres y representantes legales queden eximidos de la obligación, constitucionalmente establecida, de velar por los intereses del menor. Como consecuencia de este deber de protección, conviene tener presente que existe la posibilidad de que las decisiones de los padres restrinjan o contraríen la voluntad del hijo menor de edad. Además de los padres, los poderes públicos también están obligados a garantizar el interés del menor y, como en el caso de aquéllos, deberá protegerlo aunque fuera en contra de su propia voluntad<sup>21</sup>. No obstante, el deber de protección por parte de los padres y del Estado hasta los 18 años no equivale a que, en una situación determinada, se equipare jurídicamente un menor de 18 y mayor de 16 con un mayor de 18. Esta observación puede

---

<sup>17</sup> Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas; Carta Europea de Derechos del Niño; Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE nº 119, de 19.5.1981); Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela (BOE nº 256, de 26.10.1983); Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores (BOE nº 275, 17.11.1987); Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE nº 15, 17.1.1996) (en adelante, LO 1/1996).

<sup>18</sup> Así se señala en la Exposición de Motivos de la mencionada LO 1/1996: "El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujeto. De esta manera podrá ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro".

<sup>19</sup> MÉJICA y DíEZ (2006, pp. 83-86).

<sup>20</sup> De acuerdo con el tenor literal del artículo 9.3.c., cabe extraer que antes de los dieciséis años, los padres sólo podrían intervenir como representantes cuando el menor no comprenda el alcance del acto. Según esto, se excluyen de la actuación por representación las decisiones relativas a los menores que, sin haber cumplido los dieciséis años, sean suficientemente maduros para entender el alcance de la intervención. En PARRA (2003, pp. 40 y ss.).

<sup>21</sup> ALÁEZ (2003, pp. 64-68).

justificarse porque “la consideración de la minoría de edad como un periodo de desarrollo de la personalidad y dignidad del individuo, necesitado de una especial protección, se articula a través de un mandato de optimización cuyo grado de realización corresponde determinar al legislador dentro del marco constitucional (...)”<sup>22</sup>.

En el mismo sentido que se viene señalando, cabe destacar por último el apartado 5 del artículo 9: “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”. En el caso de la STC 154/2002, este apartado podría interpretarse como una restricción del derecho al ejercicio de la libertad religiosa frente a la vida del menor. De ser así, se aplicaría aquí nuevamente la primacía de la vida sobre la escala de valores de los implicados. En este mismo sentido, la autonomía del paciente en la toma de decisiones, reconocida explícitamente en la última disposición del apartado referido, queda suspendida cuando se trata de un menor que está poniendo en riesgo evidente su propia vida.

#### c. Rechazo de tratamiento

La última cuestión que va a tratarse en relación con la Ley 41/2002 es la atinente al derecho de todo usuario o paciente a negarse al tratamiento (artículo 2.4), salvo en las excepciones determinadas por la Ley (artículo 9.3). En este caso, la negativa deberá constar por escrito. Este aspecto estaba ya recogido en la Ley General de Sanidad. Sin embargo, allí se establecía, en primer lugar, que el derecho al consentimiento quedaba excluido en caso de urgencia con peligro de lesiones irreversibles o de fallecimiento (artículo 10, apartado 6). En segundo lugar, la negativa al tratamiento propuesto suponía la obligación de solicitar el alta voluntaria (artículo 10, apartado 9); en caso contrario, la dirección del centro podría expedir el alta forzosa siguiendo el criterio del médico encargado del proceso (artículo 11, apartado 4).

En cierto modo, estas condiciones tienen un carácter coactivo y sancionador que la Ley 41/2002 supera. En su artículo 21, se regula el régimen de alta voluntaria de manera que el paciente estará obligado a firmarla en caso de que se niegue a recibir un tratamiento. Si el paciente se opone, “la dirección del centro, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley”. Sin embargo, en caso de que el centro pueda prestar tratamientos alternativos, aunque sean de carácter paliativo, aceptados por el paciente, no se producirá el alta forzosa. Asimismo, en el artículo 21.2 se

---

<sup>22</sup> *Ibid.* (pp. 62-63). Por su parte, DE LORA (2008, p. 135) resuelve que “una manera de establecer el asunto de dónde establecer la frontera [entre competencia e incompetencia] y, por tanto, el respeto pleno a la autonomía del individuo con todas sus consecuencias, consiste precisamente en no resolverlo con ‘carácter general y preciso’. Fijar rígidamente una edad no deja de resultar un ejercicio de fetichismo y arbitrariedad (...). Parece extraño que uno se acueste un día antes de su dieciocho cumpleaños siendo menor, y se levante al día siguiente pudiendo decidir sobre todos los aspectos de su vida”.

establece que si el paciente sigue sin aceptar el alta, la dirección del centro, tras comprobar el informe médico y oír las razones del paciente, pondrá la situación en conocimiento del juez, que será quien se encargue de decidir. De esta manera quedan garantizados los derechos del paciente y se produce un avance significativo en la consideración de su autonomía en la toma de decisiones. En este sentido, la obediencia y confianza incondicionales presentes en el modelo paternalista dan paso a la posibilidad de elegir entre varias alternativas terapéuticas e, incluso, de negarse al tratamiento, sin la necesaria amenaza del alta obligatoria en caso de desobediencia.

No obstante, conviene aclarar que la actuación médica -en lo que a la autonomía del paciente se refiere- probablemente haya sido similar antes y después de la Ley 41/2002. Esto es, si el paciente se niega al tratamiento, en primer lugar se plantean las distintas opciones terapéuticas; en caso de que no existan, sería dado de alta, siempre y cuando no fueran necesarios cuidados paliativos. La diferencia radicaría, desde este punto de vista, en la introducción explícita de la posibilidad de elección entre varias alternativas, como expresión de la consideración del paciente como agente en la toma de decisiones.

Así pues, los deberes morales ya contemplados en los Códigos de Ética y Deontología de las profesiones sanitarias han pasado a ser deberes jurídicos. Por tanto, lo que antes dependía del grado de autoexigencia profesional se ha convertido también en un requerimiento social a partir de la Ley 41/2002. Una de las causas alegadas para explicar este cambio sería el incremento en los últimos años de las demandas de responsabilidad civil contra el personal sanitario<sup>23</sup>. Ello, a su vez, acarrea el surgimiento de una medicina defensiva<sup>24</sup> en la que la preocupación fundamental del facultativo estaría focalizada en rehuir las consecuencias jurídicas de sus intervenciones. El temor a la responsabilidad civil o penal, originada por posibles actos médicos, provocaría, de un lado, un uso defensivo del consentimiento informado<sup>25</sup>; de otro, un aumento de las precauciones encaminadas a eludir

---

<sup>23</sup> Sin llegar al grado de países como Estados Unidos o Gran Bretaña, se ha detectado en España un incremento significativo de demandas y reclamaciones hasta hace unos años inexistentes en nuestro país. Así se recoge en:

[http://www.jano.es/jano/actualidad/ultimas/noticias/janoes/cuadruplicadas/decada/demandas/errores/medicos/\\_f-11+iditem-3077+idtabla-1](http://www.jano.es/jano/actualidad/ultimas/noticias/janoes/cuadruplicadas/decada/demandas/errores/medicos/_f-11+iditem-3077+idtabla-1)

<sup>24</sup> RIVERO y TANIMOTO (Coordinadores), (2003, p. 79). También en ARIMANY (2007).

<sup>25</sup> Sobre esta cuestión previene ANDORNO (2002, p. 423): “[el consentimiento informado es] mucho más que un mero requisito legal. Se trata en verdad de una obligación ética básica de todo profesional médico (...), que responde a la necesidad de respetar la dignidad del paciente como ‘persona’”. Igualmente, DE LORENZO y SÁNCHEZ CARO (1997) advierten que “al cumplir la obligación de informar para obtener el consentimiento del paciente al tratamiento, el médico no se limitará a cumplir una obligación legal y a protegerse contra una demanda de responsabilidad profesional. Por el contrario, estará realizando un acto clínico, elevando la calidad de la asistencia y propiciando que la relación médico-paciente se asiente en unas bases que conducirán a su mejor éxito (...)”.

las potenciales acusaciones por negligencia mediante la petición de exploraciones y análisis superfluos. El resultado sería una relación de desconfianza, donde el médico pretende trasladar la responsabilidad de las decisiones a un individuo que puede no estar cualificado para entender exactamente lo que sucede y valorar el alcance de su situación. Por otra parte, este nuevo paradigma supondría el incremento del gasto médico debido a la utilización innecesaria de recursos teniendo como único propósito la prevención. Para superar estas indeseables consecuencias, es necesario entender el consentimiento informado como un proceso deliberativo en el que tanto el paciente como el personal sanitario toman parte activa<sup>26</sup>.

En general, parece evidente que la negativa a un tratamiento médico suscita controversia, más aún cuando se trata de un menor, como es el caso de la STC 154/2002. El derecho a la integridad personal que el menor maduro puede ejercer y la preservación de su salud o su vida entran en conflicto<sup>27</sup>. Estos intereses contrapuestos son resueltos a favor de los

---

<sup>26</sup> Véase *supra* nota 10. En la misma línea, PELLEGRINO y THOMASMA (1988, p. 33) opinan que las posiciones radicales del médico paternalista y el paciente impositivo pueden superarse mediante una concepción relacional del bien en la que la decisión no es tomada por el paciente en solitario, sino que es el resultado del diálogo entre facultativo y paciente. De este modo, éste tendrá un mejor conocimiento de su estado, evolución y alternativas terapéuticas, mientras que aquél alcanzará una mayor comprensión de la realidad personal del paciente más allá de su enfermedad.

<sup>27</sup> Como ya se ha dicho, la consideración de tal situación como conflicto es la que tradicionalmente ha adoptado el Tribunal Constitucional (véase *supra* nota 13) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En relación con este último y a partir de lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, resulta de interés la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia *Pretty c. Reino Unido*, 4ª, 29.4.2002. En ella, el Tribunal determina que “el concepto de ‘vida privada’ es amplio y no susceptible de una definición exhaustiva (...). Aunque hasta la fecha no se ha reconocido la existencia de un derecho a la libre autodeterminación personal al amparo del artículo 8 del Convenio, este Tribunal estima que la noción de autonomía personal es un importante principio subyacente a la interpretación de sus contenidos” (§ 61). Así, “el modo en que cada persona decide conducir su vida puede significar la práctica o realización de actividades y conductas percibidas como peligrosas o dañinas física, psicológica o moralmente” (§ 62). Sin embargo, “en aquellos supuestos en los que la conducta de una persona supone una amenaza o peligro para su salud o su vida, la jurisprudencia nacida a la luz de esta Convenio ha considerado que la adopción de medidas coercitivas o penales supone una injerencia en la vida privada del individuo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8.1 del Convenio que, por lo tanto, requiere de una justificación en los términos del párrafo segundo de dicho precepto” (§ 62). Es conveniente matizar, no obstante, que el Tribunal establece que la justificación requerida ha de ser compatible con la protección positiva del derecho a la vida, garantizado en el artículo 2 del Convenio: “A menos que se distorsione el lenguaje, el artículo 2 del Convenio no puede ser interpretado en el sentido ni de conferir a los individuos el derecho diametralmente opuesto, derecho a morir, ni un derecho de libre determinación que otorgue la facultad de elegir la muerte en lugar de la vida” (§ 39). El Tribunal insiste en esta idea al afirmar de manera expresa que el Convenio se basa en una concepción sacralizada de la vida: “La dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio. Sin negar de forma alguna el principio del carácter sagrado de la vida protegido por el Convenio, el Tribunal considera que la noción de calidad de vida toma todo su significado desde el punto de vista del artículo 8. En una época en la que se asiste a una sofisticación médica creciente y a un aumento de la esperanza de vida, muchas personas temen que se les

segundos por parte del ordenamiento jurídico español<sup>28</sup>, en general, y la Ley de autonomía del paciente, en particular. De hecho, aunque el artículo 9.3 de la citada Ley reconoce la capacidad para consentir de los menores maduros, se encuentran, asimismo, limitaciones a su ejercicio (artículos 9.3.c y artículo 9.4). En un contexto normativo que impide a los menores, independientemente de su edad y grado de madurez, consentir en casos como ensayos clínicos, trasplante de órganos, esterilización o emisión de instrucciones previas (artículo 11, Ley 41/2002), resultaría contradictorio que sí se les permitiera decidir acerca de un tratamiento cuyo rechazo pone en peligro su salud o su vida<sup>29</sup>.

Otro aspecto problemático, planteado en la STC 154/2002, aparece cuando los representantes del menor también rechazan el tratamiento. Si en el ejercicio de la patria potestad los padres no responden a la obligación de garantizar la salvaguarda de la salud y la vida del hijo a su cargo, serán los poderes públicos los encargados de actuar defendiendo el “mejor interés”<sup>30</sup> del menor, entendido generalmente como la preservación de su vida y su salud<sup>31</sup>.

## **2.2. El desarrollo normativo de la Ley 41/2002 por parte de las Comunidades Autónomas en materia de consentimiento informado en relación con la STC 154/2002**

El carácter básico de la Ley 41/2002 da lugar a dos consecuencias fundamentales: por un lado, limita la capacidad de actuación de las Comunidades Autónomas, en un intento de garantizar los derechos de los ciudadanos de manera igualitaria en el ámbito nacional. Por otro lado, les proporciona la posibilidad de completar aquellos aspectos que consideren oportunos, siempre y cuando no contravengan lo establecido por la Ley.

Así pues, la legislación autonómica ha desarrollado, en distintos momentos y con mayor o menor intensidad, el régimen jurídico de la autonomía del paciente. En general, puede decirse que las diferencias sustanciales guardan relación con los precedentes legislativos

---

fuerce a mantenerse vivas hasta una edad muy avanzada o en un estado de ruina física o mental en las antípodas de la percepción aguda que ellas tienen de sí mismas y de su identidad personal” (§ 65). Sin embargo, hay autores que se posicionan en contra de esta perspectiva; en este sentido véase, entre otros, ARRUEGO (2008, pp. 53-82) y CHUECA (2009, pp. 99-123).

<sup>28</sup> Una recopilación sintética a este respecto puede encontrarse en ROMEO CASABONA *et al.* (2006, pp. 64-69).

<sup>29</sup> *Ibid.* (p. 67).

<sup>30</sup> DE LORA (2008, pp. 127-131).

<sup>31</sup> ROMEO CASABONA (1998, pp. 327 y ss).



vigentes, los avances biosanitarios y las preocupaciones sociales existentes en cada momento. Así, la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica (BOE nº 29, de 2.2.2001) fue el punto de partida tanto para el impulso de la Ley 41/2002 como para el desarrollo de otras regulaciones autonómicas. Comunidades como Galicia -Ley 3/2001, de 28 de mayo, de normas reguladoras del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (BOE nº 158, de 3.7.2001)-, Navarra -Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (BOE nº 129, de 30.5.2002)-, Valencia -Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente (BOE nº 48, de 25.2.2003)- o Castilla y León -Ley 8/2003, de 8 de abril, de derechos y deberes de las personas en relación con la salud (BOE nº 103, de 30.4.2003)- optaron por promulgar legislación específica sobre la materia. Extremadura -Ley 10/2001, de 21 de junio, de Salud de Extremadura (BOE nº 186, de 5.8.2005)-, Madrid -Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria- (BOE nº 55, de 5.3.2002)-, la Rioja -Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja (BOE nº 106, de 3.5.2002)- o Aragón -Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón (BOE nº 121, de 21.5.2002)- prefirieron introducir las regulaciones de los derechos de los pacientes y usuarios de los servicios sanitarios en sus leyes autonómicas de salud o de ordenación sanitaria. Finalmente, las leyes autonómicas de Asturias, Canarias, Madrid, Murcia y País Vasco -Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi (BOPV nº 138, 21.7.1997)- desarrollaron el consentimiento acorde con lo establecido en la Ley General de Sanidad, por lo cual deben ser reintegradas e interpretadas a la luz de la Ley 41/2002.

Bastan unas necesariamente breves reflexiones, siempre a la luz del supuesto objeto de estudio, acerca de este complejo normativo.

#### a. Derechos de los pacientes

En relación con los derechos de los pacientes, en general, la legislación se hace eco de los principios establecidos en el contexto normativo vigente. Son especialmente destacables por hacer explícita mención al derecho a la libertad ideológica las leyes extremeña y murciana -Ley 3/2009, de 11 de mayo, de derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la región de Murcia (BORM nº 114, de 20.5.2009)-. En su artículo 10.2.c, la Ley de Salud de Extremadura reconoce el derecho del paciente “a que le sean respetados sus valores morales y culturales, así como sus convicciones religiosas y filosóficas”, con los límites previstos en el ordenamiento jurídico y siempre que el ejercicio de este derecho sea compatible con la práctica médica y respetuoso con las normas de funcionamiento del centro sanitario. En este mismo sentido, queda establecido el derecho a la asistencia religiosa en los procesos de hospitalización en los artículos 19.c y 23.a de la Ley murciana<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Ambas leyes se hacen eco de lo ya establecido en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE nº 177, de 24.7.1980), que en su artículo 2, apartado 3, establece que “para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la

b. Consentimiento en menores. Capacidad, madurez y mayoría de edad sanitaria

En cuanto a los menores de edad, uno de los asuntos más relevantes es la determinación de la edad de consentimiento. En general, puede establecerse que el ejercicio de los derechos del menor está supeditado a su capacidad de obrar, bien sea a partir del establecimiento de una edad legal, bien a partir de su grado de madurez. Como veremos a continuación, en la regulación concreta del consentimiento informado del menor predomina la elección del criterio cronológico<sup>33</sup>. Sin embargo, la opinión doctrinal al respecto no es unánime<sup>34</sup>. Así, hay quien considera que la edad no debe ser un requisito aplicable automáticamente, sino de manera presuntiva de acuerdo con la madurez del menor y atendiendo a las consecuencias de la decisión<sup>35</sup>. Frente al establecimiento de esta mayoría de edad sanitaria presuntiva, contrasta la dificultad de conceder el consentimiento al mayor de doce y menor de dieciséis con capacidad intelectual y emocional de valorar el alcance de una intervención<sup>36</sup>; tal podría ser el caso de Marcos, el menor testigo de Jehová<sup>37</sup>. La postura contraria desestima el criterio cronológico y defiende que la madurez del menor debe concretarse caso por caso en función de las circunstancias y de la trascendencia de la decisión<sup>38</sup>. En nuestra opinión y de acuerdo con de Lora<sup>39</sup>, creemos que no se ha dado una

---

asistencia religiosa en los establecimiento públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos". Por el momento, esta disposición se ha cumplido ampliamente para la religión católica; no así para el resto de creencias. No resultaría aventurado afirmar que, en el ánimo del legislador, estuviera el deseo de introducir una pluralidad hasta ahora inexistente en estos ámbitos.

<sup>33</sup> Cabe recordar aquí que ni el Código Civil ni el Convenio de Oviedo lo determinan.

<sup>34</sup> Sobre las distintas posiciones doctrinales, MONTALVO *et al.* (2002, pp. 576 y ss.).

<sup>35</sup> ROMEO MALANDA (2000).

<sup>36</sup> BENAC (2004, pp. 93-94).

<sup>37</sup> Efectivamente, el supuesto objeto de estudio representa un ejemplo paradigmático acerca de la prestación del consentimiento por parte de menores. Así, para LIZARRAGA (2004, pp. 267-268), la STC 154/2002 "concentra toda la doctrina jurídica antes de la promulgación de la Ley, acerca del consentimiento del menor y su trascendencia en materia sanitaria".

<sup>38</sup> MARTÍNEZ-PEREDA (1998).

<sup>39</sup> La "'mayoría de edad sanitaria' [consagra] los dieciséis años como momento a partir del cual el individuo ejerce su plena autonomía en ese ámbito. Puede que ese paso se haya querido dar, aunque se ha hecho mal y no del todo. Para empezar, porque probablemente muchos ciudadanos no están preparados para asumir plenamente las consecuencias de esa consagración. (...) la voluntad del menor 'maduro' se respeta para los asuntos de menos cuantía; cuando es la vida del menor o su integridad física lo que está en juego, entonces se enarbola esa concepción de la 'buena autonomía' (...): si de morir o seguir viviendo se trata, la elección del menor es autónoma cuando se opta por lo segundo". DE LORA (2008, p. 134).

respuesta clara a la posibilidad del ejercicio de una autonomía plena por parte de los menores, puesto que, de facto, tanto el criterio cronológico como el de madurez están supeditados al alcance de la decisión.

En la legislación autonómica, encontramos que la consideración de la capacidad de los menores de recibir información y tomar decisiones varía de unas comunidades a otras. Así, Castilla y León, en su artículo 5.1 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con su salud, establece la no discriminación por motivos de edad y de religión en las actuaciones que se lleven a cabo en relación con la salud (artículo 3). La Ley es clara y favorable al derecho de información y consentimiento del menor cuando en su artículo 5.1 afirma que “toda persona mayor de 16 años o menor emancipada ha de considerarse emancipada, en principio, para recibir información y tomar decisiones acerca de su propia salud. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, habrán de considerarse capacitados todos los menores que, a criterio del médico responsable de la asistencia, tengan condiciones de madurez suficiente”. En la Ley riojana (artículo 6.1.a), los mayores de 16 años tienen derecho a negarse a cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico. En Navarra, se considera que los menores emancipados y los adolescentes de más de 16 años son titulares del consentimiento y se tiene en cuenta la opinión de los menores a partir de los 12 años (artículo 8.2.b). Las Comunidades Autónomas de Baleares, Castilla la Mancha y Extremadura (artículos 12.6, 4.1.k.2, 25.1.c, respectivamente) establecen que la información y opinión del menor no emancipado se ajustará y se tomará en cuenta según su edad y grado de madurez, siguiendo las leyes civiles. Las Leyes valenciana (artículos 7.3 y 9.2) y murciana (artículo 31.3) establecen que la información se adaptará al grado de madurez, formación y capacidad y que se proporcionará en todo caso a los mayores de 12 años. En este mismo sentido, la Ley de Cantabria recoge que “los menores serán consultados cuando así lo aconsejen su edad y grado de madurez, y siempre valorando las posibles consecuencias negativas de la información suministrada” (artículo 32). En Aragón (artículo 14.1.c) y Cataluña (7.2.d) se establece que la opinión debe ser tenida en cuenta a partir de los 12 años y considera titulares del consentimiento a los menores emancipados y adolescentes mayores de 16 años, con las excepciones legales que puedan darse (interrupción voluntaria del embarazo, técnicas de reproducción asistida y ensayos clínicos). Finalmente, las Leyes gallega (artículo 6.c) y extremeña (artículo 25.1.c) destacan al introducir una reserva adicional para los menores emancipados o mayores de 16 años: cuando exista grave riesgo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisión correspondiente.

Ha de reseñarse, además, que normas como las Leyes de Baleares -Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears (BOE nº 110, 8.5.2003)-, Castilla la Mancha -Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla la Mancha (BOE nº 50, 27.2.2001)- y Galicia prevén, en sus artículos 12.6, 4.k.2 y 6.d respectivamente, una protección adicional: si existe disparidad de criterios entre los representantes legales del menor y la

institución sanitaria que lo atiende, será la autoridad judicial quien determine la autorización final. De manera parecida, Cantabria -artículo 31.2 de la Ley 7/2002, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (BOE nº 6, de 7.1.2003)-, Extremadura (artículo 25.3 de la Ley de información sanitaria y autonomía del paciente) y Comunidad Valenciana (artículo 9.3 de la Ley 1/2003, de Derechos e Información del Paciente) añaden en esta cláusula preventiva a las personas legalmente incapacitadas. Se proporciona, pues, una especial garantía a aquellos individuos que tienen limitada su capacidad de obrar.

#### c. Consentimiento por representación

En los casos en que se produce la sustitución de la decisión de la persona afectada, las Leyes de Castilla y León (artículo 31) y Extremadura (artículo 27.4) abundan, tal vez innecesariamente, en la obligación de las Administraciones Sanitarias de la Comunidad de velar por los intereses y el respeto por la dignidad personal del paciente. Queda por determinar, además, en qué supuestos no basta con las decisiones tomadas por los representantes legales, familiares y allegados y deban intervenir las autoridades públicas. Por su parte, la Ley aragonesa contribuye a la confusión con el segundo punto del artículo 14: en los supuestos en que el médico no considere al enfermo en condiciones para tomar decisiones (14.1.a) y en los casos de incapacidad legal (14.1.b), a pesar de que se reconoce que el consentimiento debe proceder de los familiares, allegados o representantes legales, se establece que “se podrán realizar, sin la exigencia del consentimiento previo del paciente, las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada”. Queda, pues, sin determinar quién decide acerca de las actuaciones sobre el paciente ¿Habría de ser el médico, como en el caso del estado de necesidad terapéutica, o los representantes, familiares y/o allegados?

#### d. Consentimiento en caso de urgencia

Las legislaciones autonómicas tienden a añadir excepciones a la regla general, consistente en la previa obtención del consentimiento del paciente, en los supuestos de riesgo para la salud pública y cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones graves e irreversibles. En el segundo caso, aparecen variaciones tanto en el contenido como en la expresión de la norma que originan no pocos problemas interpretativos<sup>40</sup>.

De acuerdo con ARRUEGO<sup>41</sup>, la situación de urgencia atiende a tres requisitos fundamentales que funcionarían en la práctica como una suerte de garantía jurídica para la actuación médica cuando no existe constancia de la voluntad del paciente: gravedad, apremio y desconocimiento del deseo expreso del paciente acerca de la intervención que necesita. Si bien los dos primeros aspectos están recogidos en la práctica totalidad de las normas, sólo las leyes valenciana, murciana, aragonesa y andaluza mencionan el tercero.

---

<sup>40</sup> En torno a estas cuestiones, véase, entre otros, ARRUEGO (2008).

<sup>41</sup> ARRUEGO (2008, pp. 80-81).

En este sentido, el artículo 10.1.c) de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana establece que el consentimiento no será exigible cuando se trate de una “situación de urgencia que no permita demoras por existir el riesgo de lesiones irreversibles o de fallecimiento y la alteración del juicio del paciente no permita obtener su consentimiento”. Por su parte, la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia, en su artículo 45, apartado b, dispone que no será necesario el consentimiento cuando “las condiciones físicas o mentales del paciente impidan obtener su consentimiento y no existan terceros que puedan consentir (...) o estos últimos se nieguen injustificadamente a prestarlo, de forma que ocasionen un riesgo grave para la salud del paciente (...). En estos casos, los facultativos realizarán las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente”. En cuanto a la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, se observa una discordancia entre el artículo 13.1.b), que establece la excepción al consentimiento “cuando la urgencia no permita demoras por la posibilidad de ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento y no haya manifestación negativa expresa del enfermo a dicho procedimiento” y el 14.2, que autoriza a “realizar, sin la exigencia del consentimiento previo del paciente, las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada” en caso de que “el médico responsable de la asistencia no considere al enfermo en condiciones para tomar decisiones porque se encuentre en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación”. Finalmente, la Ley de Salud de Andalucía establece que no será necesario el consentimiento en el caso de peligro inminente de daño irreversible o de fallecimiento, “salvo que la declaración de voluntad vital anticipada disponga otra cosa” (artículo 6.ñ.4); adicionalmente, cabe deducir que cuando no existe “testamento vital” pero la persona manifiesta libre y conscientemente su voluntad, las intervenciones médicas no podrán ser contrarias a ella.

### *3. Algunas consideraciones finales en torno a la autonomía del paciente a la luz del supuesto objeto de comentario*

En el ordenamiento jurídico se establece que el consentimiento informado debe estar libre de error, coacción, engaño o miedo para que la autodeterminación responsable del sujeto y la protección de su libertad sean efectivas. Con este punto de partida, hay autores que defienden que “el ordenamiento debe garantizar el conocimiento del paciente de la situación que constituye la base de su proceso de toma de decisión y el objeto del consentimiento, así como la libertad en dicho proceso de decisión. Sobre los fines o los motivos por los que se consiente, sin embargo, o sobre la mejor manera de preservar su salud, con la elección de la terapia más adecuada, el paciente tiene la última palabra, pues es éste el que deber valorar libremente, con arreglo a los criterios que estime oportunos, qué tratamiento escoge para preservar su salud (...). Tan válido es un consentimiento otorgado por motivaciones basadas en un cálculo racional de riesgos y beneficios del

tratamiento (...), como un consentimiento basado en motivos supersticiosos. Lo decisivo es que el paciente conozca en cada caso el alcance y el sentido de la intervención médica, estando informado de los posibles riesgos de cada terapia”<sup>42</sup>.

La escasa relevancia que se otorga al fundamento de la decisión pone de manifiesto lo que, desde esta perspectiva, se exige a los servicios públicos: el proceso de información y asesoramiento. La decisión, como expresión de su autodeterminación, queda a cargo del paciente. En último término, se reconocería al individuo que es capaz de elegir y que es consciente de sus acciones, aunque se trate de disponer de su propia vida<sup>43</sup>. Desde esta perspectiva y ante la inexistencia de una obligación constitucional de vivir contra la propia voluntad, de existir algún tipo de conflicto entre las diversas opciones, éste habría de resolverse en la esfera íntima del sujeto<sup>44</sup>. Así, sólo cabría contemplar el conflicto entre la vida o la salud y la libertad de creencias en el caso de que se interpretase que el individuo no tiene libertad para disponer de su propia vida<sup>45</sup>.

Sin embargo, el fundamento religioso no resulta desdeñable desde otros puntos de vista. Así, hay autores que señalan que “ningún planteamiento moral ni religioso, y mucho menos tratándose de un menor, puede hacer abdicar a cualquier Estado social y democrático de derecho, de sus más elementales principios, cual es, salvaguardar el derecho a la vida. Ningún postulado religioso, católico, evangelista o judío, puede justificar que una persona fallezca por la abstención de los padres en proporcionar la transfusión sanguínea a su hijo menor, por mucho que él mismo la rechazase, pues su juicio no estaba formado y no tenía libertad para decidir (...). La prevalencia al derecho a la libertad religiosa de un menor y de sus padres, sobre el derecho a la vida de aquél, adoptada por el Tribunal Constitucional supone un paso atrás de gigante en el desarrollo de los valores

---

<sup>42</sup> GUÉREZ (2005, pp. 417-420). En esta misma línea, DE LORA (2008, pp. 124-126).

<sup>43</sup> DWORKIN (1994, p. 293) denomina esta concepción de autonomía “concepción de la autonomía basada en la integridad”, de acuerdo con la que “permitimos que alguien elija morir (...) si éste es el deseo que ha comunicado previamente porque reconocemos su derecho a una vida estructurada según sus propios valores. La concepción de la autonomía desde el punto de vista de la integridad no asume que los individuos competentes tengan valores consistentes, o que realicen siempre elecciones acertadas o que siempre lleven vidas estructuradas y reflexivas. Reconoce que las personas con frecuencia realizan elecciones que reflejan debilidad, indecisión, capricho o pura irracionalidad. (...) Cualquier teoría plausible de la autonomía basada en la integridad debe distinguir entre el objetivo general, o el valor de la autonomía, y sus consecuencias para una persona en particular, o para una ocasión particular. La autonomía alienta y protege la capacidad general de las personas para orientar sus vidas según su criterio, el criterio de lo que es importante por y para ellas”.

<sup>44</sup> En este sentido, RUIZ MIGUEL (1993, p. 135) distingue entre conflictos interpersonales e intrapersonales, en función de que el titular del derecho a la vida y el del derecho a la autonomía personal sea el mismo individuo o dos individuos distintos.

<sup>45</sup> ROMEO CASABONA (1994, pp. 95 y ss).

esenciales que justifican la existencia del propio estado, recogidos con acierto en el artículo 10.1 CE y una vuelta al fundamentalismo jurídico de corte religioso que, si permite la muerte de un menor por no realizarse una simple transfusión sanguínea, bien podría llegar a justificar cualquier conducta depravada, discriminatoria, lesiva o descabellada, pero recogida en textos sagrados para sus creyentes”<sup>46</sup>.

El Estado-providencia proporciona cobertura a un bien, la protección de la salud, porque lo considera de interés público y así queda reconocido en el artículo 43 CE. Es en esa medida en la que el Estado tiene capacidad de intervención. El problema radica en establecer sus límites: ¿Hasta dónde pueden llegar, en su papel de garantes y, con frecuencia, prestadores, los poderes públicos?<sup>47</sup> Por otro lado, si determinados servicios no se prestan en el ámbito público, ¿está el Estado dispuesto a consentirlos en el privado? Los problemas aquí señalados ponen de manifiesto la evolución del Estado social, provisor de bienes para una población más o menos homogénea, al Estado multicultural, donde proliferan nuevos valores y necesidades que con frecuencia no encajan en el anterior modelo.

Parece entonces evidente que, siempre dentro del respeto a los derechos fundamentales, el fundamento de los límites del consentimiento guarda relación con la adecuación de la actividad terapéutica a las valoraciones éticas vigentes en una sociedad y momento concretos. Esta afirmación conduce al reconocimiento de que dichas restricciones indican cierto carácter paternalista por parte del Estado, que desea proteger a sus ciudadanos de decisiones consideradas erráticas y/o irracionales. Así pues, podría considerarse que existen bienes jurídicos individuales, como puedan ser la salud, la integridad corporal o la propia vida, que tienen también un valor objetivo para la comunidad. Por otro lado, los bienes protegidos permiten al individuo el desarrollo de su personalidad según su sistema de valores, de manera que, en principio, el sujeto debería ser libre para disponer de los bienes jurídicos de los que es titular. No obstante, ¿qué ocurre cuando la intervención -o no intervención- en la salud de una persona no parece razonable de acuerdo con la valoración ética de la sociedad?<sup>48</sup>

El rechazo de los tratamientos genera conflictos frecuentes en la práctica clínica diaria. Ello guarda relación con los efectos negativos que dicho rechazo pueda tener en la salud o en la propia vida, ambos bienes altamente valiosos y que gozan de especial protección en la

---

<sup>46</sup> ACEDO (2007, pp. 95-96). En esta línea y más recientemente, PÉREZ TRIVIÑO (2010).

<sup>47</sup> Una tentativa de respuesta a esta pregunta clásica puede encontrarse en GARZÓN VALDÉS (1988, pp. 155-173).

<sup>48</sup> En este sentido, NINO (1989, p. 205) resuelve que “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”.

mayoría de los sistemas jurídicos. La negativa ante un tratamiento no vital, que además tiene otras alternativas terapéuticas, no presenta problemas desde el punto de vista clínico<sup>49</sup>.

Sin embargo, el rechazo a un tratamiento resulta más conflictivo cuando se pone en peligro la salud o se arriesga la vida. Es entonces cuando se detecta la importancia real de la autonomía de la decisión en el ámbito sanitario: en función de la concepción que se tenga del derecho a la vida, el alcance de la autodeterminación del ciudadano será distinto. La legislación y la jurisprudencia ponen de manifiesto que ha habido una evolución en el papel desempeñado por el paciente en la toma de sus decisiones respecto de su salud. Desde el testigo de Jehová adulto, obligado judicialmente a transfundirse, habiéndose negado de forma manifiesta y sin que existiese un riesgo vital importante (STC 166/1996), hasta el amparo del Tribunal Constitucional para los padres de un niño que muere a causa de sus creencias (STC 154/2002) hay cambios evidentes.

Aunque el debate sigue abierto, la libre disposición de la salud y la vida de acuerdo con las propias creencias, como elemento sustancial para la autodeterminación del individuo, resulta menos conflictivo, más razonable desde un punto de vista social, en el caso de una persona adulta y capacitada. Sin embargo, existe un mayor acuerdo cuando el Estado interviene en el caso de un menor. “[El Estado] pretende proporcionar al menor oportunidades para el desarrollo de su personalidad, dejando al sujeto la posibilidad de elegir, cuando alcance la mayoría de edad, cómo llevar a la práctica dicha capacidad en el ejercicio de su facultad de autodeterminación libre y responsable. Es decir, el Estado, en su obligación de protección de los menores, está facultado (incluso obligado) a imponer medidas destinadas a conservar la facultad de elección de éstos cuando alcancen la mayoría de edad y, con ello, la plena capacidad de autodeterminación”<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Cuestión distinta es el coste económico que esas alternativas puedan acarrear o el trato no igualitario que puedan suponer –siguiendo el artículo 14 CE–, como se argumenta en la STC 166/1996, en la que un testigo de Jehová reclama el reintegro de los gastos al servicio público de salud por un tratamiento, realizado en una clínica privada, que evitaba la transfusión de sangre. Así pues, el hecho de que el derecho a la protección de la salud sea considerado en el Estado social como un bien de primer orden no significa que un sistema público, de recursos limitados y con vocación de cobertura universal, esté obligado a garantizar cualquier cuidado sanitario. No obstante, conviene tener también presentes los argumentos señalados en su voto particular por el Magistrado González Campos (STC 166/1996): si la libertad religiosa constituye un derecho fundamental en el ordenamiento, ha de garantizarse una vertiente prestacional para hacerlo efectivo. ARRUEGO (2008, p. 66, nota 24) introduce un importante matiz al afirmar que “(...) parece razonable distinguir entre aquellas exigencias que efectivamente supusieran violentar la naturaleza de un sistema que además gestiona recursos escasos, y aquellas que, más sencillamente, pretendiesen que la asistencia sanitaria se prestase en ciertas condiciones perfectamente posibles (...). Solicitar que la realización de un tratamiento se adecue a las creencias del paciente es probablemente muy distinto que exigir una determinada prestación sanitaria como consecuencia de la profesión de determinadas convicciones”.

<sup>50</sup> ROMEO CASABONA *et al.* (2006, p. 68).



Cuando es necesaria la aplicación de un determinado tratamiento médico para salvar su vida, suele entenderse que, aunque la libertad ideológica y el derecho a la integridad sean derechos fundamentales de los que los niños son también titulares, debe prevalecer el derecho-deber<sup>51</sup> a la vida. En este sentido se ha expresado, entre otros, Romeo Casabona: “Cualquier derecho fundamental ha de ser compatible con el mantenimiento del que es sustrato y condición imprescindible de todos ellos, es decir, de la vida misma, respecto a la cual están facultados por Ley para intervenir los poderes públicos”<sup>52</sup>. En esta misma línea se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia 154/2002, de 18 de julio: “(...) no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición de su propio ser”. Así pues, conviene concluir que los límites que restringen la libertad religiosa del menor son, de un lado, los recogidos en las normas en relación con el mantenimiento del orden, la seguridad, la salud y la moral públicos y el respeto a los derechos fundamentales de los demás<sup>53</sup>; de otro lado, los propios de los menores y vinculados al deber de especial protección de la infancia y el principio de interés del menor<sup>54</sup>, que han de ser considerados en función de su proceso evolutivo y de sus circunstancias concretas<sup>55</sup>. Por tanto, el reconocimiento de la madurez del menor no supone automáticamente el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, puesto que la protección debida al menor obliga a los poderes públicos a garantizar su bienestar en un momento crucial para su desarrollo como persona. En efecto, el hecho irreversible y definitivo que supone decidir acerca de su propia vida hace que dicha decisión no sea comparable con otras para las que sí pueda estar capacitado.

Así pues, coincidimos con P. de Lora en que “corresponde al Estado, en un supuesto como éste, intervenir para procurar que se salvaguarden los mejores intereses del menor, objetivamente considerados, y no así los conjeturados o contruidos por alguien cual

---

<sup>51</sup> A pesar de que el artículo 15 CE define la vida como un derecho, desde la problemática que aquí se analiza, en relación con el artículo 43 CE, adquiere perfiles más complejos. Como aclaran DE LORA y GASCÓN (2008, p. 130, nota 2), existen derechos que conllevan, al mismo tiempo, obligaciones para sus titulares. Así, los denominados jurídicamente derechos-deberes, como frecuentemente es considerado el derecho a la vida, constituyen “normas muy polémicas porque pueden resultar contestadas por los sujetos titulares de esos derechos (-deberes) en virtud de su libertad-autonomía”.

<sup>52</sup> ROMEO CASABONA (2003, p. 506).

<sup>53</sup> Art. 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 52.1 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales; art. 16.1 CE; art. 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

<sup>54</sup> Art. 14 de la Convención sobre Derechos del Niño; arts. 2 y 6 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

<sup>55</sup> ALÁEZ (2003, pp. 267 y ss.).

castillos en el aire. Se ha dicho que ello supone, por parte del Estado, arrogarse una competencia (la de juzgar o decidir lo equivocado de una religión) que no le corresponde. Lo cierto es, sin embargo, que sin llegar tan lejos como someter a escrutinio una religión, lo que sí puede y debe hacer el Estado es rechazar la imposición de creencias sobre sujetos que no cuentan aún con la madurez suficiente para valorarlas, cuando dichas creencias sólo pueden asumirse parroquial y fideísticamente. La mejor justificación para desplazar al criterio religioso consiste, a mi juicio, en apuntar a que así se preservan las condiciones de posibilidad del ejercicio de la autonomía futura del menor. El Estado está favoreciendo que éste pueda llegar con los mejores pertrechos a la condición de adulto, una condición que podrá incluir eventualmente la de ser un consciente y devoto practicante de la religión de los testigos de Jehová y, entonces, pero sólo entonces, preferir la salvación eterna frente a la salvación mundana”<sup>56</sup>.

No obstante, como ya se ha adelantado en el apartado correspondiente, la Ley de autonomía del paciente establece en su artículo 9, apartado 3.c, que el menor puede tomar decisiones sobre los tratamientos sanitarios que le afecten y que, cuando se trate de una intervención de alto riesgo, “los padres serán informados y su opinión tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. En el caso de la STC 154/2002, la prescripción facultativa de una hemotransfusión como tratamiento vital puede interpretarse bajo este supuesto de grave peligro o riesgo para el paciente menor. Sin embargo, es preciso insistir en que la ley no otorga la capacidad de decisión a los padres, de manera que de la lectura del artículo puede desprenderse que dicha capacidad sigue ostentándola el menor. La función de los padres, pues, no queda clara y surgen ciertas dudas. Por una parte, no se establece el grado de importancia que la consideración de la opinión de los padres tiene en la toma de las decisiones. Por otra, tampoco se determina quién deberá valorar esa opinión ni qué responsabilidad asume el médico ante situaciones de grave peligro para el menor, aunque, ciertamente, tanto la *lex artis* como la cobertura legal que pueden hallar en el artículo 9.3.c de la Ley 41/2002 favorece una actuación encaminada a administrar tratamiento a un paciente menor de edad en grave peligro; a ello se añade el recurso al principio de general interés del menor y su protección, que rigen todo lo concerniente al menor.

Cabe concluir, pues, que la solución en situaciones de semejante complejidad no es obvia. Más allá de consideraciones mayoritarias y convicciones personales, resulta difícil establecer fórmulas universales y definitivas. Por esta razón, la resolución que adopta el Tribunal en estos casos muestra una clara inclinación al mecanismo de ponderación y proporcionalidad de los derechos en juego. Así, en el FJ 7 se afirma que “la respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, 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”. La idea de valorar caso

---

<sup>56</sup> DE LORA (2008, p. 131).

por caso dentro de los límites fijados por la ley evita que los poderes públicos puedan establecer restricciones arbitrarias. Tal vez esta fórmula constituya la solución más adecuada para no caer en la negación radical del derecho a la libertad de conciencia en aras de proteger otras normas morales y derechos constitucionales.

#### 4. *Tabla de jurisprudencia citada*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
TC,Pleno, 11.4.1985	STC 53/1985	Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant
TC, 2ª, 27.6.1990	STC 120/1990	Fernando García-Mon y González-Regueral, Eugenio Díaz Eimil y José Vicente Gimeno Sendra
TC,Pleno, 25.3.1996	STC 48/1996	Rafael Mendizábal Allende
TC,Pleno, 28.10.1996	STC 166/1996	Fernando García-Mon y González-Regueral
TC,Pleno, 18.7.2002	STC 154/2002	Pablo Cachón Villar
TEDH,4ª, 29.4.2002	<i>Pretty c. Reino Unido</i>	

#### 5. *Bibliografía*

ACEDO PENCO (2007), *Derecho al honor y libertad de expresión, asociaciones, familia, herencia: cuestiones actuales*, Dykinson, Madrid.

ALÁEZ CORRAL (2003), *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid.

ANDORNO (2002), "Una aproximación a la Bioética", en GARAY (Dir.), *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica*, La Ley, Buenos Aires, pp. 417-429.

ARIMANY MANSO (2007), "La medicina defensiva: un peligroso boomerang", Humanitas, nº12 ([http://www.fundacionmhm.org/www\\_humanitas\\_es\\_numero12/revista.html](http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero12/revista.html))

ARRUEGO RODRÍGUEZ (2008), "La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de urgencia vital", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 82, pp. 53-82.

ATELA y GARAY (2004), "Ley 41/2002 de derechos del paciente. Avances, deficiencias y problemática", en GONZÁLEZ SALINAS y LIZARRAGA BONELLI, *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 43-77.

BEDOYA (2008), "Las otras religiones piden paso", *El País*, 9 de mayo 2008 ([http://www.elpais.com/articulo/sociedad/otras/religiones/piden/paso/elpepusoc/20080509elpepusoc\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/otras/religiones/piden/paso/elpepusoc/20080509elpepusoc_1/Tes))

BENAC (2004), "La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado", en GONZÁLEZ SALINAS y LIZARRAGA BONELLI, *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 79-99.

CHUECA (2009), "El marco constitucional del final de la propia vida", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, pp. 99-123.

CIS, estudio nº 2811, barómetro de julio de 2009 ([http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1\\_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=9660](http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=9660))

COMAS ARNAU (2005), "El proceso de secularización en la España democrática", en D. LLAMAZARES (Dir.): *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Dykinson, Madrid, pp. 75-118.

DWORKIN (1994), *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Ariel, Barcelona.

GARZÓN VALDÉS (1988), "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *DOXA*, nº 5, pp. 155-173.

GRACIA (2000), en el prólogo a SIMÓN LORDA, P. (2000), *El consentimiento informado*, Triacastela, Madrid, p. 15-18.

GRACIA (2007), *Fundamentos de Bioética*, Triacastela.

GUÉREZ TRICARICO (2005), "La influencia de las sectas y de las organizaciones religiosas en la elección o en el rechazo por el paciente al tratamiento médico", *Bioética, Religión y Derecho (Actas del curso de verano de la UAM celebrado en Miraflores de la Sierra del 14 al 16 de julio de 2005)*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2005, pp. 417-437.

GUERRERO ZAPLANA (2004), *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid.

LIZARRAGA (2004), "La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica", en GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI (2004) *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 225-295.

LLAMAZARES (2007), *Derecho de la libertad de conciencia*, Vol. 2, *Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, Civitas, Madrid.

DE LORA (2008), "Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces", *Enrahonar*, 40/41, 2008 (<http://ddd.uab.cat/pub/enrahonar/0211402Xn40-41p123.pdf>).

DE LORA y GASCÓN (2008), *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Alianza Editorial, Madrid.

DE LORENZO y SÁNCHEZ CARO (1997), "El consentimiento informado", Asociación Española de Derecho Sanitario (<http://www.aeds.org/consen1.htm>).

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (1998), "La minoría madura", *Actas del IV Congreso de Derecho Sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid (<http://www.aeds.org/congreso4/4congre-6.htm>).

MÉJICA y DíEZ (2006), *El estatuto del paciente a través de la nueva legislación sanitaria estatal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.

MOLINA, PÉREZ-AGUA y SIEIRA, (2004), "Objeciones de un menor al tratamiento médico. Comentario a la STC 154/2002, 18 de julio 2002", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 6, septiembre 2004, pp. 38-45.

MONTALVO *et al.* (2002), "El derecho del niño a la asistencia sanitaria como manifestación de su supervivencia", en LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coordinadora), *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, pp. 560-599.

MORENO y GARCÍA (2008), "La protección de la libertad religiosa en el ámbito sanitario. (El derecho español)" (<http://www.calir.org.ar/congreso/documentos/GARCIA.GARCIA-MORENO.pdf>).

NINO (1989), *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989.

PARRA LUCÁN (2003), "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Aranzadi Civil*, nº 2, 2003.

PELLEGRINO, y THOMASMA (1988), *For the Patient's Good: the restoration of beneficence in Health Care*, Oxford University Press, New York.

PÉREZ TRIVIÑO (2010), "Entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado", *InDret 2/2010* ([http://www.indret.com/pdf/740\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/740_es.pdf)).

RIVERO SERRANO y TANIMOTO, M. (Coord., 2003), *El ejercicio actual de la Medicina (segunda parte)*, Siglo XXI, México D.F.

ROMEO CASABONA (1994), *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

ROMEO CASABONA (1998), "¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)", *Revista de derecho penal y criminología*, nº 2, pp. 327-352.

ROMEO CASABONA (2003), "Libertad de conciencia y actividad biomédica", en *Multiculturalismo y movimientos migratorios: las minorías religiosas en la Comunidad Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 494-512.

ROMEO CASABONA *et al.* (2006), *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao.

ROMEO MALANDA (2000), "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario", *La Ley*, nº 7, pp. 1453-1472.

RUIZ MIGUEL (1993), "Autonomía personal y derecho a la propia vida (una reflexión filosófico-jurídica)", *Revista de Estudios Constitucionales*, nº 14, pp. 135-165.

SEOANE (2009), "El perímetro de la objeción de conciencia médica. A propósito del rechazo de la transfusión de sangre por un testigo de Jehová", *InDret* 4/2009 ([http://www.indret.com/pdf/682\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/682_es.pdf)).

SIMÓN LORDA y JÚDEZ GUTIÉRREZ (2001), "El consentimiento informado", *Medicina Clínica*, vol. 117, nº 3.

SIMÓN LORDA *et al.* (2004) "La capacidad de los pacientes para tomar decisiones", en GRACIA y JÚDEZ (ed.), *Ética en la práctica clínica*, Fundación de Ciencias de la Salud-Triacastela, Madrid, pp. 55-74

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, (1999), *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE, Madrid.

VALERO HEREDIA (2002), "Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio, en el caso de los testigos de Jehová", *Parlamento y Constitución*, nº6 (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060375>).