

---

## EL DERECHO A DECIDIR SOBRE LA VIDA Y LA MUERTE DE OTROS POR MOTIVOS RELIGIOSOS: CONFLICTOS ENTRE LA RELIGIÓN Y EL DERECHO

RAFAEL VALENCIA CANDALIJA

Universidad de Sevilla

[rafavalencia@us.es](mailto:rafavalencia@us.es)

---

**RESUMEN:** Se pretende analizar el régimen jurídico aplicable a las situaciones en las que es necesario adoptar una decisión sobre la vida de un paciente y se produce un conflicto entre determinados bienes jurídicos. Principalmente, el ánimo del trabajo propuesto es el de abordar las soluciones previstas en la legislación española en los casos de colisión entre el derecho a la vida y el de preservar la libertad religiosa, especialmente en los supuestos en los que es necesario otorgar el consentimiento por representación. Entre ellos destacaremos aquellos en los que son menores de edad quienes, por motivos religiosos, plantean reservas a recibir determinados tratamientos médicos.

**PALABRAS CLAVE:** derecho a la vida, libertad religiosa, consentimiento por representación, menores de edad, soluciones legislativas

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA - II. REGULACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DE 2015 - III. EL SISTEMA DE LA LEY 26/2015 DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA - IV. CONCLUSIÓN

### I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

---

Una de las cuestiones más conflictivas que se plantean en el panorama jurídico actual está relacionada con la posibilidad de que alguien pueda decidir sobre la continuidad de la vida de otra persona, especialmente cuando son motivos religiosos los detonantes para tomar una decisión u otra distinta. Nos estamos refiriendo fundamentalmente a los casos en los que se produce la negativa de algunos pacientes a someterse a determinados tratamientos médicos necesarios para el mantenimiento de la propia vida.

Ante este escenario resulta imprescindible citar a los miembros de determinadas confesiones religiosas como los Testigos de Jehová o los de la Iglesia americana Christian Science. Todos ellos tienen en común una máxima, suelen anteponer su derecho a la libertad religiosa al derecho a la propia vida. El ejemplo más extendido de todos los que pueden asociarse a este tipo de actuaciones suele ser la negativa a someterse a transfusiones de sangre del primero de los grupos indicados, los Testigos de Jehová, quienes, por sus especiales

interpretaciones de algunos textos bíblicos<sup>1</sup> como el libro del Génesis<sup>2</sup>, el Levítico<sup>3</sup>, el libro de los Hechos<sup>4</sup> o el Deuteronomio<sup>5</sup>, se niegan a recibir plasma sanguíneo aunque ello sea totalmente necesario, aunque no existan soluciones alternativas, esto es, a pesar de que la realización de la transfusión resulte absolutamente imprescindible para el mantenimiento de su vida<sup>6</sup>.

Parece evidente que en nuestra sociedad no acaba de ser admitida la prevalencia que los miembros de las confesiones religiosas descritas conceden a la faceta religiosa, pero no es menos cierto que, jurídicamente, es una opción que presenta menor grado de controversia<sup>7</sup> desde que, el propio Tribunal Constitucional español (TC), en repetidas ocasiones, aplicando el principio de concordancia práctica, ha declarado que no existe preponderancia de unos derechos fundamentales sobre otros, ni siquiera si se trata del propio derecho a la vida. Así, ha entendido que los citados derechos no deben verse limitados o sacrificados a menos que existan circunstancias o necesidades de realización de algunos de ellos, considerado todo ello, siempre desde un juicio de proporcionalidad<sup>8</sup>.

Sin embargo, debe apuntarse que la problemática que estamos describiendo, a pesar de la alarma social que representa, parecía estar resuelta, cuando se trataba de pacientes adultos<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Las referencias a los citados textos bíblicos que a continuación se relacionan han sido consultadas en el artículo de M<sup>a</sup> LABACA ZABALA, Jaione ARIETA-ARAUNABEÑA ALZAGA Y Blanca GAMBOA URIBARREN, “Transfusiones de sangre y Testigos de Jehová: posición de los tribunales en relación con el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados en centros sanitarios privados” en *SABERES, Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, Vol. 6, (2008), pp. 2.

<sup>2</sup> “Tan sólo os abstendréis de comer carne que tenga aún dentro su vida, es decir, su sangre” (Génesis 9,4).

<sup>3</sup> “Donde quiera que habitéis, no comeréis sangre alguna ni de ave ni de bestia” y “Quien llegue a comer sangre, cualquiera que sea, será extirpado de su pueblo” (Levítico 7,26–7,28).

<sup>4</sup> “Podrás, sin embargo, siempre que quieras, matar animales y comer su carne, en la medida en que Yavé, tu Dios te haya bendecido en todas tus ciudades, y podrán comerla el puro y el impuro, como si fuese gacela o ciervo, pero la sangre no la comeréis: la derramaréis en la tierra como el agua”. (Deuteronomio 12,15–12,16). También del Deuteronomio podemos extraer el siguiente pasaje: “Ten sólo buen cuidado de no comer la sangre, porque la sangre es la vida y no debes comer la vida con la carne”; Así que no la comas: la derramaréis en tierra como el agua”. “No la comerás, para que seas feliz, tú y tus hijos después de ti, por haber hecho lo que es justo a los ojos de Yavé”. (Deuteronomio 12,23–12,25).

<sup>5</sup> “En cuanto a los gentiles que han abrazado la fe, ya les hemos enviado a decir que, según nuestra determinación, debían abstenerse de lo sacrificado, de sangre, de carne sofocada y de fornicación” (Hechos 21,25).

<sup>6</sup> Tal y como indica en su apartado III. 2 la Circular 1/2012, de 3 de octubre, sobre el Tratamiento Sustantivo y Procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave (en adelante Circular 1/2012), “con carácter general las alternativas disponibles consisten en la aplicación de sueros sin contenido celular hemático. Su finalidad es básicamente preventiva o se dirige a mejorar el estado general del paciente con carácter previo a una intervención quirúrgica, pero no permiten el restablecimiento del contenido y función celular de la sangre, ni son por ende, tratamiento alternativo real y eficaz para garantizar la vida y la salud en casos de hemorragia severa, sea accidental o de cualquier otra índole. Por ello, el rechazo de la transfusión de sangre planteará siempre un conflicto de intereses entre el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia del paciente y su vida y salud, ya que tal indicación médica se funda en la necesidad de reposición del contenido y función celular de la sangre que falta o se ha perdido”.

<sup>7</sup> En este sentido Vid. M<sup>a</sup> Mar LEAL ADORNA, “¿Derecho a la vida o libertad religiosa?: Breve comentario a la STC núm. 154/2002, de 18 de julio de 2002. Recurso de amparo núm. 3486/97. Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Cachón Villar. (B.O.E. de 7 de agosto 2002, núm. 188)”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 12, 2003; V. BELLVER CAPELLA, Derecho de libertad religiosa VS Derecho a la vida, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Núm. 54, 2006 y Concepción MOLINA BLÁZQUEZ, Teresa M. <sup>a</sup> PÉREZ-AGUA LÓPEZ y Sara SIEIRA MUCIENTES, Objeción de un menor al tratamiento médico. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio de 2002, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 6, (2004).

<sup>8</sup> En relación con esta cuestión pueden consultarse las Sentencias del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio (Fundamento Jurídico - FJ - 12); 199/1987, de 16 de diciembre (FJ 7), y 60/1991, de 14 de marzo (FJ 5).

<sup>9</sup> Sobre la objeción de conciencia a las transfusiones de sangre en el caso de personas adultas Vid. Rafael NAVARRO-VALLS y Javier MARTÍNEZ TORRÓN, “Conflictos entre conciencia y Ley”, Iustel, Madrid (2011), pp. 181 y ss.



que reunían las consiguientes condiciones de madurez. Ello fue así fundamentalmente gracias a la promulgación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante Ley 41/2002)<sup>10</sup>.

Pero a pesar de la seguridad jurídica que parecía conferir dicha ley, aún quedaban por resolverse no pocos interrogantes, sobre todo cuando se había de decidir sobre la vida de personas que no podían hacerlo por ellas mismos, dada su falta de capacidad para tomar esa decisión, por razón de enfermedad o madurez. Y es que, aunque la Ley 41/2002, en lo concerniente a la cuestión del consentimiento<sup>11</sup>, había introducido una novedad esencial como es la posibilidad de otorgar el consentimiento para la realización de determinadas prácticas sanitarias a través de la representación<sup>12</sup>, parecían seguir existiendo algunas lagunas. Sobre todo, cuando nos referimos a casos especialmente espinosos y que generan, por razones obvias, situaciones de gran alarma social, entre los que debemos identificar especialmente aquellos supuestos en los que son menores de edad los que se niegan a someterse a ciertos tratamientos médicos necesarios para salvaguardar su propia vida.

Es precisamente la falta de respuesta a los interrogantes señalados el motivo que sustenta nuestra comunicación. A nuestro entender, como se ha apuntado con anterioridad, los adultos y personas que parecen estar en situación de decidir no plantean o no deberían plantear problema alguno, al menos, desde el punto de vista jurídico, sobre todo desde la publicación de la Ley 41/2002 pero ¿y qué sucede en el caso de los menores? ¿Hasta dónde debe llegar la capacidad que confiere el poder otorgar consentimiento por representación? ¿Cuáles son los límites? Y la pregunta que en nuestra opinión debe considerarse capital, ¿hasta qué punto puede una persona decidir con base en sus propias creencias, o si se prefiere su derecho de libertad religiosa, sobre el derecho a la vida de otra?

No solamente la Ley 41/2002 intentó arrojar luz al conflicto objeto de nuestra investigación, pues debemos recordar que también resulta de aplicación el propio Código Civil (desde ahora CC) en lo concerniente a la representación legal de los hijos y otras normas de carácter internacional como el Convenio de 1997 para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, también conocido como "Convenio de Oviedo".

Por su parte, también el Ministerio Fiscal español quiso pronunciarse sobre este tema con la adopción de la Circular 1/2012, de 3 de octubre, sobre el Tratamiento Sustantivo y Procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave (en adelante Circular 1/2012). En dicha Circular, el Ministerio Fiscal, presentaba una serie de posibilidades, diferentes supuestos en los que se ponía de manifiesto la necesidad de tomar una decisión sobre la procedencia o no de llevar a cabo la práctica médica puesta en entredicho por el menor, padres o representantes legales, en aras al derecho a la vida de los menores. En definitiva, se trataba de aportar unas posibles soluciones,

<sup>10</sup> Boletín Oficial del Estado (BOE) de 15 de noviembre.

<sup>11</sup> Sin ánimo de detenernos, por exceder de los confines de nuestro trabajo, en la relevancia de una de las piezas claves de la Ley 41/2002 como es el consentimiento informado, no hay que olvidar que el Tribunal Supremo (TS), en el FJ 1º de la Sentencia 3/2001 de 12 de enero, ha manifestado que “*el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo*”. En el mismo sentido, se pronuncia también la Sentencia del TS 447/2001, de 11 de mayo.

<sup>12</sup> Artículo 9 de la Ley 41/2002.



directrices que encontraban su fundamento en el interés superior del menor. No puede obviarse la consideración jurídica del instrumento del que hablamos, pues no deja de ser una Circular, dirigida a los Fiscales españoles para que, como se señala *in fine* se atuviesen, “en lo sucesivo, a las prescripciones de la presente Circular”.

Pero, con independencia de la naturaleza jurídica de la Circular 1/2012 y de su valor normativo, no es menos cierto que la misma no pasó desapercibida, toda vez que, como tendremos ocasión de señalar, la última de las normas que se han referido al consentimiento por representación parece estar influenciada por el espíritu de la referida Circular. Se trata de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Ley 26/2015)<sup>13</sup>, la última norma que, gracias al texto de su Disposición Adicional Segunda, ha contemplado la colisión que describimos en estas páginas introduciendo algunas modificaciones en torno a la posibilidad de otorgar el consentimiento informado por representación previsto por la Ley 41/2002, no solo en el caso general, sino también en el consentimiento de los menores de edad.

Como venimos señalando, es indudable que la nota característica de la legislación española ha sido la falta de claridad, algo que nos permite subrayar la importancia de un nuevo elemento de valoración, la interpretación de la norma en función de los casos concretos a través de la jurisprudencia de nuestros tribunales<sup>14</sup>. Parece evidente que la incertidumbre normativa que estamos describiendo ha provocado que hayan sido los propios tribunales de justicia los que, en la mayoría de los supuestos, contemplando las circunstancias que rodeaban a cada uno de los mismos, han intentado establecer las grandes líneas maestras de aplicación para resolverlos. Un buen ejemplo de todo ello es una de las decisiones más conocidas de nuestros tribunales como la Sentencia del TC 154/2002, de 18 de julio<sup>15</sup>.

Por todo ello, la intención de nuestro trabajo es ofrecer algunas respuestas sobre el régimen jurídico aplicable a las situaciones descritas con anterioridad, esto es, todas aquellas en las que es necesario adoptar una decisión sobre la vida de un paciente menor de edad y se produce un conflicto entre dos bienes jurídicos, el derecho a la vida y el de preservar la libertad religiosa, incidiendo especialmente en lo relativo al consentimiento por representación. Para ello, el sistema elegido será el de llevar a cabo un análisis legislativo sobre el consentimiento por representación, incidiendo especialmente en la regulación que contiene la Ley 26/2015 y la realidad jurídica posterior a la publicación de dicha norma. Consideramos que, por su carácter novedoso esta última constituye un punto de inflexión en la temática que nos ocupa, razón por la cual llevaremos a cabo un estudio pormenorizado de las novedades que aporta.

---

<sup>13</sup> BOE de 29 de julio.

<sup>14</sup> No solo en nuestro país se han producido casos de la naturaleza que describimos, también en países de nuestro entorno como en Italia, el caso de Isabella Oneda o en Estados Unidos, donde podemos encontrar asuntos como el de Craig contra el Estado y la sentencia Hermanson contra Florida. Vid. Rafael NAVARRO-VALLS y Javier MARTÍNEZ TORRÓN, “Conflictos entre conciencia y Ley”, cit., pp. 191 y 192.

<sup>15</sup> Como señala Torres, en dicha sentencia el TC “estimó un recurso de amparo de unos padres Testigos de Jehová que habían sido condenados por negarse a otorgar dicha autorización a la transfusión, pero que hicieron todo lo demás que estuvo en sus manos, llevando ante los médicos a su hijo de 13 años (que se oponía con virulencia a la transfusión) en una dramática sucesión de visitas a diversos hospitales que finaliza con la muerte del menor”. Alejandro TORRES GUTIÉRREZ, “Objeción de conciencia a las transfusiones de sangre por los Testigos de Jehová”, en José Francisco ALENZA GARCÍA y M<sup>a</sup> Luisa ARCOS VIEIRA (Directores), *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Pamplona (2013), pp. 456.



## II. REGULACIÓN SOBRE EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN EN EL CASO DE MENORES CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE 2015

Si partimos de la legislación internacional a tal efecto, conviene tener presente cuál es el sentido del texto del Convenio de Oviedo en relación con el consentimiento por representación. Así, en su artículo 6.2 indica que “cuando según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley”. A ello añade que “la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”. Así pues, el Convenio de Oviedo se remite a la legislación nacional, incidiendo en la posibilidad del menor de ser escuchado en función del grado de madurez que éste presente.

En el ordenamiento jurídico español se marca como norma general la autonomía para la toma de decisiones que se obtiene tras el cumplimiento de la mayoría de edad, fijada en los 18 años según el artículo 12 de la Constitución de 1978 (CE)<sup>16</sup> y el 315 del CC, a menos que nos encontremos ante menores que han sido emancipados judicialmente tras el cumplimiento de los 16 años, pudiendo también de este modo ser autónomos para la toma de decisiones<sup>17</sup>. Ello implica necesariamente que en el caso de no haber cumplido los 18 años de edad, van a ser los padres, en virtud del artículo 162 del CC los que ejerzan la representación legal de sus hijos<sup>18</sup>.

Pero, como toda regla general, esta atribución de la representación legal de los hijos está sujeta a una serie de excepciones previstas por el mencionado artículo 162 del CC, según el cual, no se consideran incluidos en la representación legal de los padres los supuestos de:

“1º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

2º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158”.

De los tres apartados transcritos, interesa referirse especialmente al primero de ellos, relativo a los derechos de la personalidad, que el hijo puede ejercitar por sí mismo de acuerdo con su madurez. Es el que se encuentra íntimamente relacionado con nuestro trabajo, pues no debe olvidarse que tal y como establece la Circular 1/2012, por derechos de la personalidad entendemos todos “aquéllos que pretenden garantizar a la persona el goce y respeto de su propia entidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y espirituales”. De este modo, parece más que evidente que el consentimiento para recibir tratamientos médicos debe considerarse amparado por la primera de las excepciones a la representación legal de los padres, permitiéndonos afirmar por tanto, que los derechos de la personalidad deben ser ejercitados por sus titulares, sin que quepa consentimiento por representación, siempre que el menor tenga condiciones suficientes de madurez.

<sup>16</sup> BOE de 29 de diciembre.

<sup>17</sup> A tal efecto Vid. artículos 316 y ss. del CC.

<sup>18</sup> “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”.



Pero la remisión que realiza el Convenio de Oviedo no puede considerarse completa si no analizamos la ley específica que se refiere al objeto de esta comunicación, la Ley 41/2002, que en el artículo 9.3 de su redacción inicial señalaba que, en el caso de menores de edad, se otorgará el consentimiento por representación “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

En virtud de lo expuesto, podemos apreciar que el artículo 9 de la Ley 41/2002, en su redacción inicial pretendió disipar muchas dudas introduciendo la figura del consentimiento por representación. Sin embargo, no es menos cierto que su redacción resultó ser inconclusa y oscura, produciéndose situaciones en las que existían muchos interrogantes sobre los criterios de aplicación y actuación. Ello implicó que, como hemos apuntado más arriba, que tuvieran que ser los tribunales los encargados de aportar las soluciones en virtud de las circunstancias del caso concreto.

### **III. EL SISTEMA DE LA LEY 26/2015 DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA**

No podemos comenzar a desgranar la nueva regulación en materia de consentimiento informado por representación sin hacer mención al que, a nuestro juicio, es el germen de la misma, la Circular 1/2012. Impulsada por la falta de concreción del legislador, con ella, el Ministerio Fiscal español pretendía hacer constar la preocupación de la Institución por el hecho de que no existiesen protocolos generales de actuación aplicables a posibles supuestos de negativas de menores a recibir tratamientos médicos en situaciones de riesgo grave.

En cuanto al examen de este documento, podemos apreciar que una de las características esenciales es la influencia en el mismo uno de los criterios capitales en la labor del Ministerio Fiscal, el interés superior del menor<sup>19</sup>. Una característica que recobra un mayor interés si lo que se intenta dilucidar son aquellas situaciones de colisión entre la conveniencia de llevar a cabo un tratamiento médico concreto y la negativa de los menores a recibirlo.

Es precisamente, en aras al interés superior del menor, la razón por la cual se fijan cuatro posibles escenarios en los que se aconseja la adopción de una serie de medidas encaminadas a proteger la vida de los menores en función de la madurez de los menores<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> A pesar de la dificultad de concreción que entraña el concepto citado, la redacción de este documento trata de aportar datos que nos van a permitir asociar el interés superior del menor al ánimo de intentar evitar que puedan producirse situaciones que afecten a la vida de los menores, aunque ello suponga poner en entredicho la validez del consentimiento emitido por representación. Buena prueba de ello es que la Circular 1/2012 llega incluso a señalar que la identificación del mismo “con la protección de su vida y su salud y con la consideración de las consecuencias futuras de toda decisión que le afecte, unida al carácter irreversible de los efectos de ciertas intervenciones médicas o de su omisión en casos de grave riesgo, llevan a cuestionar la relevancia de la voluntad expresada por los representantes legales del menor no maduro cuando su contenido entrañe objetivamente grave riesgo”. En relación con todo lo anterior, es de recordar que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, constituye la referencia normativa en la materia.

<sup>20</sup> Es este uno de los principales problemas que rodean a nuestro trabajo, la determinación de la madurez de los menores, temática que excede de nuestro objetivo, razón por la cual no profundizaremos mucho sobre la cuestión,



Los dos primeros se ocupan del menor maduro que se niega a recibir una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, diferenciando la posibilidad de que los padres o tutores legales se muestren favorables a la realización de la práctica o no. En relación con el primero de los supuestos señala que “cuando el menor que deba considerarse maduro conforme a las previsiones de la anterior conclusión se niega a una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, si los representantes legales son favorables a que se realice la misma, por aplicación del art. 9.3 c) de la LAP, podrá, sin necesidad de acudir al Juez, llevarse a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal”. Por su parte, para el segundo de los supuestos, se indica que “cuando el menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión, el médico debe plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

El tercero de los supuestos planteados también afecta al menor maduro, pero en esta ocasión se pretende abordar la posible situación en la que el menor otorgue su consentimiento para la realización de la práctica, siendo los padres los que se oponen a ello. Sobre ello, la Circular 1/2012 establece que “cuando el menor maduro presta su consentimiento a una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, y son los representantes legales los que se oponen, debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial”.

Finalmente, el último de los supuestos está referido al menor que no tiene condiciones de madurez y los padres se niegan a la realización de la práctica, situación sobre la que la Circular 1/2012 resuelve que “cuando los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud habrá de plantearse el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente por el médico o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial. No obstante, ante situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad justificante”.

Así pues, podemos observar como ante todas las variantes indicadas, la prevalencia del interés superior del menor queda patente en las diferentes soluciones propuestas por el Ministerio Fiscal, reconduciendo cada una de las respuestas a las dificultades planteadas hacia la conveniencia de apostar por la realización del tratamiento médico que permita no poner en

---

aunque nos permitamos incorporar las precisiones que la Circular 1 /2012 realiza sobre el tema. Así, se indica que “en el contexto del art. 12 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN), el *estar en condiciones de formarse un juicio propio* es el presupuesto para ejercer el derecho a expresar libremente las propias opiniones. Un paso más, el concepto de madurez, implica también cierta razonabilidad y autonomía de tales opiniones”. A ello añade que “el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General nº 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/CG/12, 20 de julio de 2009), señala que el término *madurez* hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño para formarse opinión sobre un tema concreto y para decidir al respecto”.



peligro la vida de los menores. Algo que podemos extraer también de la lectura de la parte expositiva de la Circular 1/2012<sup>21</sup>.

Pero no ha sido hasta el año 2015, cuando se ha producido una profunda transformación en materia de la emisión del consentimiento informado por representación. Ello ha sido posible a través de la Ley 26/2015, que en su Disposición Final segunda ha modificado el tenor literal del artículo 9 de la Ley 41/2002, produciéndose así una serie de cambios que merecen ser resaltados, principalmente en lo que afecta a los menores de edad. Y es que, como hemos anticipado en las primeras páginas de nuestro trabajo, las modificaciones de 2015 parecen estar claramente inspiradas en las recomendaciones y propuestas que el Ministerio Fiscal realizaba en la Circular de 2012, por las razones que expondremos a continuación.

En primer lugar, resulta notoria la consideración tan especial que el reformado artículo 9 de la Ley 41/2002 contiene acerca del interés superior del menor. Al artículo 9.3 se incorpora un apartado c), según el cual “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”. No debemos dejar de lado que el referido artículo 9 de la Ley 1/1996 apuntaba que “el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”. Así pues, la alusión a la Ley Orgánica 1/1996, sobre protección jurídica del menor, hacía necesario eliminar la referencia a los doce años, como edad a la que el menor de edad debía ser escuchado, razón por la cual ha sido eliminada de la redacción final que la Disposición Final segunda de la Ley 26/2015 ha conferido al artículo 9 de la Ley 41/2002.

En segundo lugar podemos apreciar que el legislador, con el nuevo tenor literal del artículo 9.4 ha decidido adoptar una actitud proteccionista de la vida de los menores en este tipo de supuestos, aunque para ello, sea necesario limitar la capacidad de decisión de los menores emancipados o con edad comprendida entre 16 y 18 años. En estos casos no cabe otorgar el consentimiento por representación según el nuevo 9.4 de la Ley 41/2002, a menos que se trate de situaciones de riesgo grave para su salud y/o la vida, situaciones en las que el “consentimiento será otorgado por representación, estando a cargo del representante legal del menor en las mismas condiciones en que se produce para menores de 16 años (es decir, tras escuchar la opinión del menor afectado)”<sup>22</sup>.

Finalmente, e íntimamente relacionada con la ya señalada actitud proteccionista de la nueva legislación, la Ley 26/2015 ha añadido un apartado 6 al artículo 9 de la Ley 41/2002 que presenta el siguiente tenor literal: “en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el

<sup>21</sup> “Si a estos perfiles se une el hecho de que el marco jurídico para resolver estos conflictos no es lo suficientemente claro, la necesidad de contar con unas pautas generales interpretativas se torna imprescindible. La labor exegética orientada a iluminar esas zonas oscuras debe necesariamente inspirarse desde el punto de vista sustantivo en el principio del superior interés del menor. Desde el punto de vista procesal será el principio de celeridad el que proporcione asideros, partiendo de que en la mayoría de estos supuestos, a la vista de los bienes jurídicos afectados, la decisión no admite ningún tipo de dilación”.

<sup>22</sup> M. Ángel GARCÍA, “Cambios en el consentimiento por representación”, en: <http://isanidad.com/55313/cambios-en-el-consentimiento-informado-por-representacion/> [consultado el 5 de febrero de 2017].



representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

De este modo, con el actual 9.6 de la Ley 41/2002, referido al consentimiento por representación en general y por ende al de los casos relativos a menores de edad, tal y como aprecia García “ya no es sólo el respeto de la dignidad personal del paciente, sino también el beneficio para su vida o su salud, los criterios a tener en cuenta en el consentimiento por representación, lo que de alguna manera da cabida a un nuevo cauce de actuación en caso de duda para los profesionales sanitarios, cuando estos no tengan evidencia de la voluntad anticipada del propio paciente”<sup>23</sup>. Y es que, aunque la situación deba ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente, o bien a través del Ministerio Fiscal, “en caso de necesidad por razones de urgencia, los profesionales quedan protegidos en su actuación siempre que esté debidamente justificada, sea en beneficio para la salud y la vida del paciente y respete su dignidad personal”<sup>24</sup>. En definitiva, se trata de un criterio proteccionista de la vida del menor que nos hace recordar las diferentes soluciones propuestas por el legislador en la Circular 1/2012.

#### IV. CONCLUSIÓN

Como puede deducirse del análisis realizado, tradicionalmente son demasiadas las lagunas que han presidido la regulación aplicable en los supuestos del consentimiento informado en el caso de los menores de edad y las personas que no gozan de la suficientemente capacidad para emitir una decisión sobre la pertinencia o no de recibir un determinado tratamiento médico.

Ante la escasa operatividad de la primera redacción de la Ley 41/2002 determinadas instituciones como el Ministerio Fiscal reaccionaron intentando establecer líneas de actuación de alcance general, destinadas fundamentalmente a los casos de grave peligro para la vida de los menores. El caso de las posibles objeciones a tratamientos como el de las transfusiones de sangre en Testigos de Jehová es uno de esos casos y como tal, aparece reflejado en la Circular 1/2012. Un documento sobre el que interesa destacar su valor, fundamentalmente porque como hemos tenido ocasión de comprobar, es el texto de dicha Circular el que inspira la modificación del año 2015.

Puede resultar atrevido realizar esta afirmación, pero lo cierto es que tras comparar la redacción tanto de la Circular 1/2012, como la de la Disposición Adicional segunda de la Ley 26/2015, es más que notable la similitud entre diversos aspectos de ambos textos, tanto, que nos lleva a concluir que la Ley de 2015 no hace sino imbuirse de la esencia de la Circular del Ministerio Fiscal. El valor que se concede en la modificación que realiza la Ley 26/2015 al interés superior del menor, pero sobre todo, el carácter proteccionista que el modificado artículo

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*.



9 de la Ley 41/2002 confiere a la vida del menor así lo atestiguan. Y es que, conviene tener siempre presente que la Circular, en todos los casos planteados, acaba apostando por la prevalencia de la tesis intervencionista, lo que ha quedado patente tanto en la posible limitación de la capacidad de decidir de emancipados y en la posibilidad de actuación por parte del personal sanitario en situaciones de riesgo grave prevista en el actual 9.6 de la Ley 41/2002.

Pero, como decíamos al principio de nuestro trabajo, nuestra intención no era sino intentar responder a algunos de los muchos interrogantes que gravitan en torno al consentimiento por representación y la posibilidad de decidir en los tratamientos médicos aplicables a menores. Indudablemente sigue siendo un tema complejo pero, en nuestra opinión, nuestra investigación permite al menos entrever algunos focos de luz. Por ejemplo, cuando hemos hecho alusión al espíritu proteccionista de la modificación de 2015 en realidad no estábamos sino intentando rellenar esas lagunas que tanto hemos criticado a través del nuevo criterio que preside la normativa actual, la conveniencia de la realización de la práctica en las situaciones descritas anteriormente. Ahora bien, la contrapartida del carácter intervencionista tampoco puede caer en el olvido, pues la preponderancia que para el legislador tiene la salvaguarda de la salud de los menores, conlleva irremediabilmente al mismo tiempo un menoscabo en la posibilidad de decisión, tanto de los menores, como de los padres y representantes legales.

En definitiva, complejidad del entramado normativo mediante, las líneas de actuación en aquellos casos que colisionan algunos elementos como la religión y Derecho, las creencias y la salud, parecen estar más claras. Habrá que esperar al futuro, para apreciar si las soluciones propuestas en la reforma operada en la Ley 41/2002 gozan de la pretendida aceptación en la práctica forense. Debemos recordar en este punto que la adecuación de las normas de alcance general a las circunstancias del caso concreto no siempre resulta ser una tarea fácil, más aún cuando deben ponerse en valor intereses tan personales como el respeto a los sentimientos religiosos y por supuesto, de la propia vida.

