



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La libertad de conciencia del menor y el derecho a la salud.

Presentado por:

Clara Sánchez Asensio

Tutelado por:

Profa. Dra. Mercedes Vidal Gallardo

Valladolid, 28 de junio de 2023

1. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.....	4
2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD.....	5
2.1 LA AUTONOMÍA DEL MENOR RESPECTO DE LOS TUTORES QUE OSTESTAN LA PATRIA POTESTAD.....	9
3. EL MENOR Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA CAPACIDAD DE OBRAR.....	12
3.1 EL MENOR Y EL DERECHO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA.....	19
4. EL INTERÉS DEL MENOR	27
5. EL DERECHO A LA SALUD Y AUTONOMÍA DEL PACIENTE: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO	34
5.1 RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE: LEY 41/2002.....	39
5.2 EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO	40
5.2.1 El derecho a ser informado	42
5.2.2 El consentimiento informado del menor, supuestos prácticos.....	47
5.2.3 El consentimiento informado del menor emancipado.....	49
5.2.4 El consentimiento del menor no emancipado.....	50
5.2.5 Críticas a la legislación del consentimiento del menor.....	54
5.2.6 La teoría de la escala móvil.....	59
5.2.7 Situaciones de conflicto respecto de la toma de decisiones del menor.	60
5.3 EL RECHAZO DEL TRATAMIENTO Y LA OBJECION DE CONCIENCIA DEL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO.....	61
6. ESPECIAL REFERENCIA A LAS TRANSFUSIONES DE SANGRE	
6.1 LAS TRANSFUSIONES DE SANGRE Y EL ESPECIAL CASO CON LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ.....	67

6.1.1 Marco jurídico que ampara al paciente Testigo de Jehová.....	69
6.1.2 La denegación injustificada de asistencia sanitaria y el derecho al reintegro de los gastos médicos al Testigo de Jehová.....	73
6.3 VALORACIÓN JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA.....	78
7. CONCLUSIONES.....	89

1. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La evolución a lo largo del tiempo de la protección jurídica del paciente ha desembocado en un auténtico reconocimiento del derecho de autonomía del paciente en el ámbito sanitario. En la práctica, este derecho da lugar a múltiples situaciones de compleja resolución, sobre todo cuando se pone en relación con el ejercicio de otros derechos fundamentales. La autonomía del paciente se traduce en el derecho al consentimiento informado otorgado por el sujeto que autoriza la realización de una determinada intervención quirúrgica. Este consentimiento, no suele plantear conflictos cuando lo presta una persona mayor de edad. Sin embargo, cuando es prestado por personas menores de edad, surge el debate y disparidad de criterios tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Por ello, resulta de gran relevancia, llevar a cabo un desarrollo de la casuística que esta situación desata en la realidad, sobre todo en los que respecta a la capacidad, madurez y requisitos que los sujetos menores de edad deben cumplir para que el consentimiento informado sea válidamente prestado. Otro foco del debate, también se sitúa en la autonomía del menor respecto de sus padres, o titulares de la patria potestad, ya que en ocasiones éstos, no valoran o tienen en cuenta el interés del menor, para tomar decisiones de vital importancia para su salud.

En último término, en el ámbito sanitario es común el conflicto derivado de los pacientes Testigos de Jehová, que rechazan la realización de transfusiones de sangre, por ser contraria a sus creencias religiosas. Ante esta realidad jurídica, entran en juego diversos derechos fundamentales, por lo que en ocasiones es difícil delimitar cada uno de ellos y determinar cuál prevalece sobre el resto.

Por todo ello, considero que es más que necesario y de interés, el estudio del panorama legislativo, así como del régimen jurídico que ampara al paciente en el ámbito sanitario y más cuando éste es menor de edad, ya que hay veces, que es necesario protegerlo de los sujetos que aparentemente tienen que velar por su seguridad e integridad física, sus padres, tutores o guardadores.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD

Las instituciones de la patria potestad y de la familia, han sido objeto de un largo proceso evolutivo, con motivo de los recientes cambios sociales y éticos que han presentado ambas figuras. Dichos cambios se han producido, como consecuencia del desarrollo de las relaciones tanto personales como familiares. Lo que ha desembocado, en una redefinición del concepto de la familia, sobre todo de las relaciones paternofiliales, que se constituyen como el núcleo de la reforma. Como apunta Serrano Fernández, “originariamente la potestad era la jefatura domestica que el paterfamilias ejercía, era un poder absoluto y arbitrario, ejercido sobre los hijos, por lo que se configuraba como un verdadero derecho subjetivo dado en interés de quien lo ostentaba¹”. Actualmente, se ha superado dicho concepto, lo que ha conllevado a una disminución y debilitamiento progresivo de la figura de la autoridad paterna, en favor del fomento de la independencia del menor en las relaciones familiares.

En el actual ordenamiento jurídico, la patria potestad se puede definir de diversas formas, por lo que Goñi Rodríguez, la considera como “el officium, que corresponde a los padres, generando una potestad sobre sus hijos, que implica el cuidar, velar y representar a sus hijos menores, en todos los ámbitos, procurando siempre su bienestar y englobando, por tanto, todos aquellos derechos-deberes, que se generan en la especial relación entre los progenitores y sus hijos²”. De esta forma, la patria potestad, se traduce en una responsabilidad que asumen los padres y de la que se derivan una serie de deberes en favor de los hijos como, velar por su integridad física, educarlos, alimentarlos y representarlos cuando sea necesario.

Por su parte, el Tribunal Supremo, se ha pronunciado sobre la patria potestad, considerándola como “un efecto legal propio de toda relación paterno o materno-filial, de tal modo que una vez que, por alguno de los medios legalmente establecidos, queda determinada la filiación, corresponde automáticamente “ex lege”, al progenitor respecto del cual quedó determinada la filiación, el que la ejercerá junto con el otro progenitor ya anteriormente determinado, puesto que los hijos no emancipados están bajo

¹ SERRANO FERNÁNDEZ, M, “La patria potestad y las instituciones tutelares”, *Derecho de Familia*, coordinador Eugenio Pizarro Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p 202.

² GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M, “Relaciones paternofiliales. La patria potestad”, *Guía de Derecho Civil Teoría y Práctica, Derecho de Familia Tomo V 2º Edición*, coordinador Javier Moscoso del Prado Muñoz, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, p 391.

la potestad del padre y de la madre”³. Por tanto, se constituye como una institución, cuyo ejercicio, en principio corresponde a ambos progenitores, o a uno de ellos con consentimiento expreso o tácito del otro (artículo 156 Código Civil). De esta forma, Romero Coloma, considera destacable “el carácter compartido de la patria potestad que tiene esta naturaleza exista o no matrimonio entre los progenitores, si bien exige una filiación legalmente sea matrimonial o no matrimonial⁴”. Por lo que esta autora conceptualiza la patria potestad, como “una relación jurídica que se impone por imperio de la ley, en el momento en que ha quedado determinada la filiación y sin que sea preciso solicitar la atribución de tales funciones, las cuales son inherentes a la condición de progenitor legalmente reconocida⁵”.

Como consecuencia de la mencionada evolución, que ha sufrido la institución, la patria potestad se ha convertido en una figura jurídica compleja compuesta por diversos factores. Por ello autores como García Presas evidencian que “no es sencilla la determinación del entramado subyacente a las relaciones paternofiliales al implicarse, al mismo tiempo aspectos públicos y privados, tan propios del Derecho de Familia, junto con elementos emocionales e intuitivos de compleja percepción y determinación por el ordenamiento jurídico⁶”. Consecuentemente, en ocasiones, se ha planteado, por autores como Asensio Sánchez, si en las relaciones paternofiliales, existe una esfera sumamente personal, la cual escaparía del ordenamiento jurídico y por tanto del control de los poderes públicos. Sin embargo, el hecho de que, en la propia Constitución, reconozca plenamente el deber de los poderes públicos de proteger a los hijos (artículo 39 CE), implica que el constituyente, convierte a la familia en un instrumento público, a través del cual, se consigue la inserción de las personas en la sociedad, lo que justificaría la intervención del Estado en las relaciones familiares⁷.

Una vez conceptualizada la patria potestad, en cuanto al régimen jurídico, en primer lugar, el artículo 39 de la CE, consagra como principio rector, el mandato tanto a

³ STS 583/1995, de 17 de junio, FJ 4, Aranzadi.

⁴ ROMERO COLOMA, A M., “Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 4, Madrid, 2015, pp 1-2.

⁵ *Ibidem*.

⁶ GARCÍA PRESAS, I., *La patria potestad*, Dykinson, Madrid, 2013, p 13.

⁷ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 20.

los poderes públicos de la protección de la familia y de los hijos como a los padres que deben prestar la asistencia necesaria a sus hijos habidos o no dentro del matrimonio.

En segundo lugar, la institución de la patria potestad se regula con carácter básico en los artículos 154 a 180 del Código Civil. Del artículo 154 CC, se desprende uno de los principios fundamentales del ejercicio de la patria potestad, que siempre ha de ser en beneficio del interés del menor, lo que autores, como Gete-Alonso y Calera, han interpretado en el sentido de que ello “implica que en el ejercicio de la función se ha de tener en consideración lo que objetivamente sea mejor para él, que se le deba informar de las decisiones que se hayan de tomar y oírle a partir de los doce años y antes si tiene suficiente conocimiento⁸”.

En tercer lugar, no se puede olvidar que el hecho de que la concepción de la familia haya experimentado una marcada evolución, ha supuesto que el régimen jurídico básico, se complementa con las correspondientes modificaciones legislativas, que se han producido tanto a nivel nacional como europeo, con el objeto de adaptar los textos jurídicos, a la realidad del momento y, de esta forma, proporcionar las herramientas necesarias para la protección del menor, buscando en todo caso la protección de la dignidad y el desarrollo de la personalidad de los menores de edad.

En un primer momento, la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, supuso un refuerzo del reconocimiento del elenco de derechos constitucionales del menor, siendo considerado por Liñan García que “la autonomía y la protección son los pilares sobre los que en nuestro tiempo se sustenta el estatuto jurídico del menor. Lo que supone un reconocimiento pleno de la titularidad de sus derechos y de su capacidad progresiva para ejercerlos conforme a su desarrollo⁹”. La propia exposición de motivos de la norma reconoce que la autonomía del menor es el mayor instrumento de protección de la infancia “*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 a la infancia es promover su autonomía como sujeto*”.

⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, M. C, SOLÉ RESINA, J., *Derecho de familia, filiación y potestad parental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 130.

⁹ LIÑAN GARCIA, A, “La protección jurídica del menor: especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa y de conciencia”, *Revista anales del derecho*, núm. 32, 2014, pp 12

Posteriormente, en el año 2015 se llevó a cabo una reforma integral del texto normativo del 1996, a través de la Ley Orgánica 26/2015 de 22 de julio, por la que se blindó aún más el sistema de protección de la infancia y de la adolescencia.

Finalmente, la última norma jurídica, que ha entrado en vigor, en relación con la protección jurídica del menor ha sido la reciente Ley Orgánica 8/2021 de 4 junio (siendo coetánea a la Ley Orgánica 8/2021 de 2 de junio). Como determina Sospedra Navas, se trata de una disposición que “tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral, frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral¹⁰”. Además, contiene una definición de la violencia ejercida explícitamente contra menores. Con esta nueva regulación, el resto de los textos legales, sufren una marcada reforma, la cual se proyecta sobre diferentes materias, en función de las medidas de protección. De esta forma, se culmina, hasta el momento la evolución normativa en aras de la protección jurídica del menor y del fomento de su autonomía y personalidad, como sujeto independiente.

En este sentido autores como Asensio Sánchez, defienden que la finalidad de las reformas de la patria potestad es que ésta, pase a “articularse sobre nuevos postulados socio-jurídicos, siendo la finalidad intrínseca no solo la satisfacción de los sentimientos paternofiliales inherentes a la generación, sino y sobre todo, procurar, el desarrollo personal del menor, para lograr su adecuada inserción en el contexto socio-familiar”¹¹.

Se puede concluir, que la patria potestad actualmente es concebida por autores como Romero Coloma como “una función que se incardina dentro del concepto de orden público, y constituye una institución básica que protege y garantiza el orden social y familiar, teniendo un carácter intrasmisible, irrenunciable e imprescriptible¹²”.

Se trata de una figura jurídica que ostentan los padres, de carácter totalmente multifuncional, siendo de vital importancia, en la salvaguarda de la protección del

¹⁰ SOSPEDRA NAVAS, F.J., “Comentario a las reformas procesales y sustantivas introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, *Aranzadi digital*, núm 1, Madrid, 2021, p. 2.

¹¹ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., “Minoría de edad y derechos fundamentales: su ejercicio por el menor de edad”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 7, Málaga, 2005, p 5.

¹² ROMERO COLOMA, A. M., “Conflictos derivados del ejercicio...”, op. cit. p 2.

menor, el fomento de su autonomía y libre desarrollo de su dignidad y personalidad. Por lo que la propia naturaleza de la patria potestad convierte a sus titulares en garantes del desarrollo personal del menor, respetando siempre su crecimiento autónomo como sujeto de derechos fundamentales.

2.1 LA AUTONOMÍA DEL MENOR RESPECTO DE LOS TUTORES QUE OSTESTAN LA PATRIA POTESTAD.

El contenido de la patria potestad está formado por una serie de deberes que se imponen tanto a los padres como a los hijos. Desde el punto de vista de los padres, éstos deben ostentar la representación del menor, con arreglo a Díaz Ambrona, se trata de “un deber que no es renunciable, pero puede cesar en caso de que los intereses de los padres sean opuestos a los del hijo, o cuando se trate de actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo pueda realizar por sí mismo, así como los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres¹³”, lo que se recoge en el artículo 162 del Código Civil. Por otro lado, autores como Sánchez-Eznarriaga, determinan que en este supuesto la representación implica que “el padre sustituye al hijo al que falta la capacidad de obrar y es él quien forma su propia voluntad, que emite con efectos para su representado¹⁴”. A pesar de ello, el mencionado precepto reconoce cierta autonomía al menor respecto de sus tutores, a través de la regulación de supuestos en los que el primero puede actuar de forma independiente sin que tenga que ser representado por sus padres.

Con ello, el Código Civil, respeta la esfera jurídico-personal del menor, contemplando un conjunto de excepciones en las que, no es necesario que los padres actúen en representación de sus hijos. Siendo la primera de ellas, la que reconoce que los menores no emancipados sometidos a patria potestad pueden llevar a cabo de forma autónoma actos que supongan el ejercicio de derechos de la personalidad. Aunque, como menciona Martín García de Leonardo, hay que tener en cuenta que “el precepto no se refiere solo a los derechos de la personalidad, excluidos de la representación por tratarse derechos personalísimos, sino a los supuestos establecidos en los textos legales

¹³ DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, M. D., “La patria potestad”, *Protección Jurídica del Menor*, coordinadora M^a Paz Pous de la Flor, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p 65

¹⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA., *GPS Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 446

en los que se determina que el menor puede actuar por sí mismo, como el artículo 443 Código Civil¹⁵”. Sin embargo, el legislador, condiciona el ejercicio autónomo del menor de los derechos de la personalidad a la madurez que ostente en el caso concreto. El término madurez, se constituye como un concepto jurídico indeterminado y como establece Bilbao Ubillos “no es fácil discernir cuando la madurez de un menor es suficiente para quedar liberado de la representación legal de sus padres y poder realizar un determinado acto en ejercicio de un derecho fundamental del que es titular. Será una cuestión a apreciar en cada caso, con asesoramiento pericial probablemente”¹⁶. Además de que, en todo caso, para valorar el grado de entendimiento que es necesario para ejercer los derechos de la personalidad, solo puede determinarse, con arreglo al tipo de negocio jurídico que se está llevando a cabo, teniendo en cuenta, tanto su naturaleza como sus consecuencias¹⁷.

El fundamento principal de esta excepción reside en el carácter de estos derechos, que como sostiene la autora Bartolomé Tutor “cuya cualidad de intrasmisible, irrenunciable, intransferible, hace que solo sus titulares puedan ejercerlos, y únicamente en caso de que los menores no tengan capacidad o madurez suficiente, serán los responsables parentales, quienes asuman tal decisión, pero como consecuencia del deber de cuidado, que comporta uno de los deberes de la patria potestad”¹⁸. Además, de que esta excepción debe interpretarse a la luz del texto constitucional, ya que, como continúa defendiendo la misma autora, “el art. 162.2.1 CC, mantiene una íntima relación con los valores constitucionales de dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, art. 10 CE, además de con el interés del menor”¹⁹.

La segunda excepción recogida en el precepto es la que hace referencia a los supuestos de conflictos de intereses entre los padres y el hijo. Para que en este supuesto

¹⁵ MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, M T., “Las relaciones paterno-filiales: la patria potestad”, *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, coordinador José Ramón de Verda y Beamonte, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 331

¹⁶ BILBAO UBILLOS, J. M., “Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española”, *Lecciones de Derecho Constitucional II*, coordinadora Paloma Biglino Campos, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, p 376.

¹⁷ SANTOS MORON, M J., “Menores y derechos de la personalidad, la autonomía del menor”, El menor ante el derecho en el siglo XXI, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm 15, 2011, p. 64.

¹⁸ BARTOLOMÉ TUTOR, A., *El reconocimiento de los menores de edad de capacidad de obrar progresiva en los actos relativos a los derechos de la personalidad con especial referencia al papel de los responsables parentales*, Universidad Pontificia Comillas, Facultad de Derecho, Madrid, 2014, p. 44.

¹⁹ *Ibidem*.

se pueda excluir la representación de los padres, como continúa Martín García de Leonardo, el conflicto tiene que ser en relación con una incompatibilidad que “debe generar unos perjuicios reales, conocidos y concretos, no pudiendo por tanto fundarse en perjuicios futuros e hipotéticos, ni en meras sospechas de falsedades”²⁰.

En la práctica, el conjunto de conflictos que se pueden derivar del ejercicio de la patria potestad se centra en la convergencia de dos intereses, por un lado, el del menor, que tiene derecho a manifestar su interés de acuerdo con su personalidad y que éste sea tenido en cuenta. Y, por otro lado, la protección que los titulares de la patria potestad han de brindar al menor en virtud del artículo 154 Código Civil. A pesar de que los padres deben procurar que todas las actuaciones sean realizadas en beneficio del interés del menor, la controversia nace en el momento de delimitar el alcance de ambos intereses y de valorar cuál de ellos debe prevalecer.

El Código Civil, en el artículo siguiente, el 163 reconoce dos posibilidades de conflictos que pueden surgir, bien entre ambos progenitores y el hijo, en cuyo caso se nombrará a un defensor judicial que represente al menor, o bien el conflicto puede surgir respecto de un solo progenitor. Por lo tanto, puede existir un conflicto de intereses, así como menciona Blasco Gascó, “cuando el beneficio de uno suponga el perjuicio del otro o, si se quiere cuando los padres no puedan conseguir el interés del hijo sin perjuicio propio o no puedan alcanzar su interés sin perjuicio del interés del hijo²¹”. En último término, el precepto, recoge otra excepción más, haciendo mención a los actos relativos a los bienes que estén excluidos de la administración.

Finalmente, se puede observar que pese a que el Código Civil, reconozca la autonomía del menor para la realización de negocios jurídicos en los términos previamente desarrollados, también defienden autores como Montejo que “es incuestionable que el menor puede realizar válidamente una serie de negocios jurídicos, que en ocasiones se establecen expresamente por ley, o esta le atribuye, en otras una capacidad genérica”²². Aunque, no se puede olvidar, que los menores no cuentan con la plena capacidad de obrar, sino que es gradual, consecuentemente como menciona Santos Morón, “en ciertas hipótesis debe admitirse la intervención de sus representantes

²⁰ MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, M T., “Las relaciones paterno-filiales...”, op. cit. p. 331.

²¹ BLASCO GASCÓ, F., Instituciones de derecho civil, 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 252.

²² MONTEJO RIVERO J M., “Menor de edad y capacidad de ejercicio: reto del derecho familiar contemporáneo”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm 2, Camagüey, 2012, p. 26.

porque de otro modo se podrán provocar graves perjuicios para al menor, por lo que se entiende que la intervención de los padres o tutores se lleva a cabo, más que en calidad de representantes, en ejercicio de su obligación de velar por el menor”²³. Por lo que la autonomía del menor, respecto de la patria potestad de sus padres, se ha de interpretar con diversos matices, y ponerla siempre en relación con el mandato que tienen aquellos de actuar en beneficio del menor, escuchándole y respetando su personalidad. Así como con el artículo 6.3 de la Ley Orgánica 1/1996, el cual, consagra el papel de cooperadores que ostentan los padres en cuanto al desarrollo personal de los hijos, facilitando el ejercicio autónomo de sus derechos, pero que en ningún caso se trata de un ejercicio conjunto o sustitutivo.

Definitivamente, los padres en el ejercicio de la patria potestad asumen dos funciones, por un lado, ejercer la representación del menor, con el objetivo de suplir la ausencia de la plena capacidad de obrar que estos ostentan, y, por otro lado, la de ser garantes de sus derechos y de su esfera personal, respetando su interés superior, así como su personalidad. Y es en el hecho de encontrar el equilibrio entre ambas funciones, donde la autonomía del menor debe encontrar su lugar.

3. EL MENOR Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA CAPACIDAD DE OBRAR.

La evolución de la posición socio-jurídica del menor, se inicia con la Constitución de 1978, a través de la cual, se desprivatiza la concepción jurídica de la mayoría de edad, atribuyéndola un carácter público-constitucional. Aunque, el texto constitucional, no contiene ninguna referencia explícita del régimen jurídico en cuanto a los menores y los derechos fundamentales. Sin embargo, se debe partir de la consideración de que los menores gozan de los mismos derechos al igual que los adultos, lo que constituye una posición reiterada por la doctrina, por ello Tajadura Tejada sostiene que “la minoría de edad no es un status jurídico que prohíba el ejercicio de los derechos fundamentales, corresponde al legislador delimitar el ámbito de ejercicio de los derechos durante la minoría de edad y para ello es más adecuado establecer un criterio flexible como el de la posesión del correspondiente grado de

²³ SANTOS MORON, M J., “Menores y derechos...”, op. cit. p. 69.

madurez”²⁴. De forma, que la edad no se constituye como un impedimento para ser titular de los derechos fundamentales, los cuales, son inherentes a todas las personas, sin que pueda existir ningún tipo de discriminación por raza, sexo, edad, tal y como consagra el derecho a no ser discriminado del artículo 14 CE.

Por lo tanto, aunque la edad no sea un factor que influya directamente en la titularidad de los derechos, sin embargo, sí que va a ser determinante para el pleno ejercicio de todos los derechos, siendo los dieciocho años la edad, en la que el legislador ha determinado que se consolida el ejercicio de todos los derechos fundamentales. En este sentido se refiere Liñán García, determinando que “el ejercicio de los derechos requiere gozar de capacidad de discernimiento suficiente para querer y entender el significado y alcance de tal acto que se pretende realizar”²⁵.

Para abordar, al menor como sujeto de derechos fundamentales, resulta necesario, primeramente, hacer referencia a la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. En cuanto a la primera de ellas, se puede definir como “la aptitud jurídica o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones”²⁶. Actualmente, la titularidad de los derechos fundamentales por los menores de edad es una situación jurídica totalmente consolidada tanto en el ordenamiento jurídico español (artículos 10, 14 y 39.4 CC), como en el panorama internacional (Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1990). De esta forma Aláez Corral, afirma que “el menor es titular de los derechos fundamentales que la CE de 1978 y los tratados internacionales sobre derechos humanos les otorgan desde su adquisición de la personalidad y que la minoría de edad es una circunstancia que, como mucho, solo incide sobre la capacidad de ejercicio de dichos derechos”²⁷. Por lo que, se puede afirmar, que la capacidad jurídica se concibe de forma genérica, ya que no admite gradaciones, sino que es inherente al ser humano, y que ello supone que todas las personas son titulares de los derechos constitucionalmente reconocidos.

²⁴ TAJADURA TEJEDA, J., *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 46.

²⁵ LIÑAN GARCIA, A., “La protección jurídica del menor... op. cit. p. 7.

²⁶ ARECES PIÑOL M. T., “Tutela del menor y libertad religiosa”, *Escritos Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guilarte*, Servicio de Publicaciones Diputación de Castellón. Facultad de Derecho de la Universitat de Jaume I y de la Universidad de Valencia, Valencia, 1999, p. 45.

²⁷ ALÁEZ CORRAL, B., “El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad”, *Revista europea de derechos fundamentales*, núm 21, Oviedo, 2013, p. 41.

El Código Civil, en su artículo 30, reconoce al menor plena personalidad jurídica, desde el momento del desprendimiento del seno materno, se convierte en titular de derechos y libertades fundamentales, como cualquier otro individuo independientemente de la edad, por lo que la personalidad jurídica concebida por el legislador está íntimamente relacionada con la capacidad jurídica. Otra cosa, es el ejercicio de esos derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce, es decir, la capacidad de obrar del sujeto dependiendo del grado de madurez²⁸ que es donde el legislador establece algunos requisitos.

Despejada cualquier duda acerca de la titularidad de los derechos fundamentales por el menor. La segunda cuestión, consiste en abordar la capacidad de obrar, que se puede conceptualizar como “la capacidad para adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones”²⁹. Lo que implica una relación directa, con la capacidad de las personas para realizar actos jurídicamente eficaces. Así como lo menciona Ruiz de Huidobro “se presupone que los actos sólo deben producir efectos jurídicos plenos, como regla general, cuando el individuo agente tiene un grado de discernimiento mínimo acorde con la importancia jurídico-social del acto jurídico que realiza. Por eso, desde la perspectiva práctica del tráfico jurídico, el grado de mínimo de discernimiento exigido al individuo para realizar un determinado acto jurídico opera como requisito de eficacia”³⁰.

Partiendo de esta consideración, el legislador, en ocasiones contempla verdaderos límites y restricciones para la realización de ciertos negocios jurídicos cuyo principal motivo, como determina Moreno Quesada, es “por razones de protección de la persona que sufra incapacidad para la autogestión de sus intereses, bien por razón de edad o de enfermedad, procurándose mecanismos de protección a dicho sujeto”³¹. Es por ello, que el aspecto más característico de la capacidad de obrar lo constituya el hecho de que permita “graduaciones y subdivisiones en atención al tipo de acto que se pretenda

²⁸ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A, *Patria potestad, minoría de edad y derecho de salud*, Dykinson S.L, Madrid, 2012, pp. 20-22.

²⁹ ARECES PIÑOL M. T., “Tutela del menor...”, op cit, p. 45.

³⁰ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., “La Capacidad de Obrar y la Responsabilidad de los Menores”, Tratado del Menor. *La Protección Jurídica a la Infancia y la Adolescencia*, coordinadora Clara Martínez García, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 159.

³¹ MORENO QUESADA, B., “La Capacidad y el Estado Civil de las Personas”, *Curso de Derecho Civil I Parte General y Derecho de la Persona*, coordinador Francisco Javier Sánchez Calero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 122.

realizar por el sujeto de derecho”³² (ejemplos claros, son el caso de que un menor de catorce años pueda otorgar testamento, art 663 CC, pero que, sin embargo, para adoptar se requiera tener al menos veinticinco años). Reconociéndose de esta forma la denominada como “capacidad de obrar limitada del menor”, aspecto que fue introducido así con la entrada en vigor de la Ley 11/1981, que modificó elementos de la patria potestad, como menciona Lasarte Álvarez, “el Derecho Positivo ha acabado por reconocer que la adquisición de la capacidad de obrar es gradual y paulatina”³³, ratificado posteriormente con la Ley Orgánica 1/1996, trata al menor como un sujeto que cuenta con una capacidad de carácter evolutiva, ya que va a depender en todo caso de la madurez del sujeto, la cual va modificándose de forma progresiva a lo largo del paso del tiempo.

Aunque, respecto a la capacidad de obrar limitada, se debe poner de relieve como menciona Rodrigo Lara, que el “límite a la capacidad de obrar del menor como forma de proteger a éste no puede constituir un elemento que vacíe de contenido el propio derecho del menor, es decir, que la protección del menor, no sirve como paraguas para justificar cualquier negativa al menor para ejercer sus derechos”³⁴.

Son varios los mecanismos protectores que prevé el legislador, siendo el principal de ellos, el criterio de la mayoría de edad, establecida por nuestro ordenamiento jurídico en los dieciocho años, como menciona Calzadilla Medina “a partir de esta edad se es formalmente capaz para todos los actos de la vida civil, siempre y cuando no concurren otras circunstancias que lo impidan. La edad es, junto con otros muchos, uno de los elementos delimitadores del estado civil de las personas influyendo en su capacidad de obrar”³⁵.

Sin embargo, no se puede ignorar, la casuística que entraña esta materia en la realidad, ya que, en todo caso, hay que estar al tipo de acto jurídico que está realizando el sujeto. Consecuentemente, la ley diferencia, hasta tres supuestos de hecho, el primero

³² LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte general y derecho de la persona, principios de derecho civil I*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 148.

³³ LASARTE ÁLVAREZ, C., “La Capacidad de Obrar: Edad y Emancipación de Menores”, *La Capacidad de Obrar del Menor: Nuevas Perspectivas Jurídicas*, coordinadora María Paz Pous de la Flor, Ex Libris Ediciones S.L, España, 2009, p.10.

³⁴ RODRIGO LARA, B., “El ejercicio de la libertad de pensamiento, conciencia y religión del menor de edad en la escuela”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm 17, 2019, p. 192.

³⁵ CALZADILLA MEDINA, M.A., “Lo que la patria potestad no ampara”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 74, 2017, p. 4

de ellos, se centra en los casos, en los que se requiere la mayoría de edad *ex lege*, como puede ser el supuesto del consentimiento para la donación de órganos o la utilización de técnicas de reproducción asistida. En segundo lugar, se recogen supuestos en los que la ley presume que, a pesar de ser menor, éste posee la capacidad natural necesaria para realizar el acto jurídico, como es el caso del consentimiento al tratamiento médico, que posteriormente se desarrollará extensamente. En tercer lugar, el legislador contempla la posibilidad de que la capacidad del menor sea insuficiente, por lo tanto, requiere que el consentimiento se vea reforzado con la intervención de los padres (el caso de los ensayos clínicos)³⁶.

Una vez reconocida la capacidad de obrar limitada que se le reconoce al menor. Cabe abordar una controversia de extensa discusión entre la doctrina, que se centra en si el ejercicio de los derechos fundamentales ha de ser siempre personal y único por parte del menor, o si, por el contrario, hay supuestos en los que cabe que un representante los ejercite por él. Y en el último supuesto, cual es la calificación jurídica que se le debe atribuir a la representación, ejercida generalmente por los padres.

Para abordar la figura de la representación de los menores, para el ejercicio de los derechos fundamentales, se debe partir de que, el fundamento de que una tercera persona, representante, intervenga en el ejercicio de derechos fundamentales, se basa en la protección jurídica del representado, en este caso, el menor y en actuar siempre en su beneficio del interés superior. Por lo que el objetivo es encontrar un equilibrio entre el ejercicio de los derechos de la personalidad en la esfera privada del menor y el deber de los progenitores de velar por sus hijos. Lo que como establece Bartolomé Tutor, se puede abordar desde la perspectiva de la “teoría de la exclusión relativa de la representación, así como a la autoprotección versus heteroprotección o la Teoría del Interés”³⁷, a la que posteriormente me referiré.

En primer lugar, como refiere Aláez Corral, en el ámbito del derecho comparado, históricamente, había autores (como Bernhard Joseph Windscheid, o Tom Cambell) que defendían que cualquier tipo de actuación por el representante del menor en su beneficio, debía ser tomada en cuenta como, una actuación propia del representado y no como una actuación en representación de éste, ya que se partía de “una concepción de los derechos subjetivos en general y de los derechos fundamentales en particular,

³⁶ SANTOS MORON, M J., “Menores y derechos...”, *op. cit.* p. 66.

³⁷ BARTOLOMÉ TUTOR, A, *El reconocimiento de los menores...*”, *op. cit.* p. 304.

como poderes de voluntad jurídicamente garantizados. Dado que el menor no podía expresar una voluntad jurídicamente relevante, por carecer en general de capacidad de obrar, la misma debía ser expresada por un tercero encargado de tutelar sus intereses, pero la voluntad de este último, en el caso de los derechos fundamentales, no podía sustituir a la del primero, dado que el derecho fundamental consistiría precisamente en una capacidad de autodeterminación subjetiva insustituible”³⁸. Sin embargo, este punto de vista se ve alterado con la aparición de la denominada Teoría del Interés, según la cual, los derechos subjetivos pasan a ser concebidos como “habilitaciones jurídicas para emitir actos de voluntad con capacidad para exigir el cumplimiento de obligaciones impuestas por el ordenamiento a determinados sujetos en beneficio de los intereses del otro”³⁹.

Por otro lado, hay autores que consideran que la figura de la representación debe ser interpretada no como un acto sustitutivo de la voluntad del menor, sino que se debe reconducir como simplemente una manifestación del deber de velar por él y protegerle. En este sentido la autora Bartolomé Tutor sostiene lo siguiente “si los progenitores o tutores adoptasen alguna decisión, lo harían en cumplimiento de su deber de cuidado y no como representantes, pues el padre que, *verbi gracia*, autoriza una operación quirúrgica o la extracción de un órgano, ejercita como titular de la responsabilidad parental, los derechos de la personalidad del hijo y cumple con su propio ámbito de funciones y potestades”⁴⁰. Por ello, considera que no es correcto el término que en ocasiones utiliza el legislador, de “representación legal”, ya que como continúa la misma autora “estaríamos ante una función de asistencia y apoyo en la toma de decisiones en la que el interés superior de la menor primaria solo cuando el bien jurídico mereciera más protección que la propia libertad del hijo, cuya decisión debió ser fruto de su madurez y no del mero capricho”⁴¹.

Por su parte, autores como Aláez Corral, consideran la representación en el contexto de que una parte del contenido de los derechos son únicamente ejercitables por los menores, pero otra parte, son susceptibles de ser ejercitados por terceros, de esta forma determina que, “los derechos fundamentales de los menores, parte del contenido

³⁸ ALÁEZ CORRAL, B, “El ejercicio autónomo...”, *op. cit.* p. 44.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ BARTOLOMÉ TUTOR, A, *El reconocimiento de los menores...*, *op. cit.* p. 308.

⁴¹ *Ibidem*.

de cada uno de sus derechos fundamentales solo puede satisfacer su objeto, el interés constitucionalmente protegido por éste, mediante su ejercicio directo por el menor, por lo que únicamente cuando éste alcance la capacidad natural, la madurez o la edad necesarias para su autoejercicio podrá afirmarse su capacidad de obrar iusfundamental respecto del mismo, Sin embargo, otra parte de aquel contenido, sí puede cumplir esa función instrumental al servicio de la libertad del protegido por el derecho fundamental, aun cuando sea un tercero el que ejercite en nombre e interés del menor”⁴². Este planteamiento, da lugar a la teoría del titular de la patria potestad como fórmula de autoprotección o heteroprotección, consistiendo la primera de ellas en “el ejercicio personal y directo de estos derechos durante la minoría de edad del individuo”⁴³, mientras que la segunda de ellas, se trata de un “elemento corrector, que el menor ha de recibir de sus padre o del Estado allí donde la primera no alcance”⁴⁴, es decir, cuando el sujeto no cuenta con la capacidad y madurez para asumir el contenido y consecuencias del negocio jurídico que se vaya a realizar.

Sin embargo, otros autores, adoptan otro punto vista, no dando tanta relevancia a la naturaleza jurídica de la representación en si misma, sino centrándose en el eje principal que es la protección del interés superior del menor, en este sentido se encuentra Ruiz de Huidobro, que establece que “en principio la voluntad del interesado no puede ser suplida por otra voluntad, salvo que sea necesario actuar en interés superior del menor y para ello, da igual hacerlo como representante legal o como compelido por el deber de velar”⁴⁵.

Finalmente, se puede concluir que, todas las personas somos titulares de derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidas, ya que son facultades inherentes a la condición humana, pero, sin embargo, su ejercicio sí que puede ser objeto de limitación, por lo que no se puede predicar una generalidad de la capacidad de obrar de las personas. Es en este supuesto en el que se encuentran los menores, que gozan de una capacidad de obrar limitada, pero de carácter progresivo, que depende del grado de madurez y del tipo de acto jurídico que lleven a cabo. Siendo los padres, que ostenta la representación de éstos para suplir esas carencias de

⁴² ALÁEZ CORRAL, B, “El ejercicio autónomo...”, op. cit. pp. 46-47.

⁴³ BARTOLOMÉ TUTOR, A, *El reconocimiento de los menores...*, op cit p. 311.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., “La Capacidad de obrar y la responsabilidad...”, op cit, p. 171.

capacidad. Y el hacer depender la eficacia y validez de un negocio jurídico a la madurez, implica que haya que estar al caso por caso.

3.2 EL MENOR Y EL DERECHO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA.

Tras desarrollar la efectiva titularidad de los menores de todos los derechos fundamentales, cabe destacar que, dos de ellos tienen una posición preponderante, que son, por un lado, el derecho a la vida, artículo 1.5 CE y el derecho de libertad de conciencia, artículo 16.1 CE.

La libertad de conciencia como conceptualiza Llamazares Fernández se puede definir de la siguiente forma, “un derecho subjetivo individual, como el derecho que protege las siguientes facultades:

1) Disponer de un espacio de privacidad totalmente sustraído a la invasión de la imperatividad del derecho, que entraña una libre formación de la conciencia y libre mantenimiento, abandono, sustitución o modificación de unas u otras convicciones o creencias, unas u otras ideas en la medida en que estas últimas estén estrechamente unidas a las convicciones.

2) A expresarlas o a silenciarlas, a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas, así como compartirlas y a ejercerlas con otros⁷⁴⁶.

Actualmente, la libertad de conciencia es concebida, como menciona Pérez Álvarez, como “la primera y la más básica de las libertades, como consecuencia inmediata de la relación existente entre la conciencia y la dignidad humana”⁷⁴⁷. Así como lo afirma por su parte el Tribunal Constitucional que “nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad, y los derechos a la integridad física y moral y a la libertad de ideas y creencias”⁷⁴⁸.

⁴⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia I, conciencia, tolerancia y laicidad*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 21.

⁴⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, S., *Libertad de conciencia y diversidad en la sanidad pública española contemporánea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 33.

⁴⁸ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ. 8º, Aranzadi.

Pérez Álvarez, señala que “la libertad de conciencia es uno de los principios superiores del orden constitucional en vigor de contenido jurídico que, consecuentemente, obliga y vincula a todos los poderes públicos”⁴⁹

En lo que se refiere al contenido a la libertad de conciencia, el texto constitucional, no lo delimita de forma específica, dando lugar a que pueda ser interpretado de diversas formas. Por una parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, sobre este aspecto, determinando que “el derecho fundamental recogido en el artículo 16 CE, comprende, junto a las modalidades de la libertad de conciencia y la de pensamiento, íntimas y también exteriorizadas, una libertad de acción respecto de las cuales, el artículo 16.2 CE, establece un acotamiento negativo, ha determinado, que en el artículo 16.1 CE, se encuentra implícita la libertad de pensamiento, el derecho en cuanto dispone que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su conciencia, religión o creencias”⁵⁰.

Por otra parte, Llamazares Álvarez, considera que “cuando el TC dice que la libertad de pensamiento y libertad de conciencia son modalidades de la libertad ideológica y religiosa, lo que está diciendo es que se trata de dos aspectos o perspectivas de la misma realidad, del único derecho que se consagra en el art. 16 CE, equivalente al contenido en la fórmula triple (pensamiento, conciencia y religión) de los textos internacionales”⁵¹ (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Por lo que se puede determinar, que el artículo 16 CE tiene una consideración triple, compuesta por la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Además, Llamazares Fernández, también apunta que “la libertad de conciencia incluye la libertad de ideas y creencias, tanto religiosas como no religiosas, de un lado; de otros, incluye tanto la libertad interior como su manifestación externa, incluido el derecho a acomodar las conductas a esas ideas y creencias”⁵². En este sentido, autores como Suárez Pertierra, destacan la existencia de dos extremos en la libertad de conciencia, así lo señala el autor, determinando que “desde la perspectiva constitucional, conviene insistir en dos la consideración de que la libertad de pensamiento y conciencia, libertad interior, incluye

⁴⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, S., *Libertad de conciencia...*, op. cit. p. 38.

⁵⁰ STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ. 2º, Aranzadi.

⁵¹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia...*, op. cit. p. 307.

⁵² *Ibidem*.

la dimensión de formación de la propia conciencia. Así el individuo tiene la facultad de exigir al Estado que la observancia de las leyes no contravenga su propia conciencia. Pero no solo esto, porque los poderes públicos están obligados a crear y asegurar las condiciones para el pleno desarrollo de los valores comunitarios de tal manera que el individuo pueda utilizar todos los instrumentos dispuestos por el Estado para su realización personal en la medida de sus deseos”⁵³. Se trata de un derecho reconocido tanto de forma individual, como de forma colectiva

En lo que respecta al menor, éste ejercita la libertad de conciencia en dos ámbitos diferentes, en un ámbito privado, que se desenvuelve en el contexto familiar y en uno público, que se desarrolla en el ámbito escolar principalmente. Se debe entender que la libre formación de la conciencia debe ser en todo caso en libertad de modo que los padres o tutores, pueden en parte influir, pero siempre con límites y no imponiendo coactivamente ninguna ideología en el menor. Por lo que cuando el menor ejerce su derecho de libertad de conciencia de forma totalmente libre y con independencia del criterio de los padres, aunque puede encontrarse con la resistencia u oposición de éstos. Teniendo que estar al caso concreto para observar cual es el derecho que debe prevalecer.

Tras lo expuesto, se puede afirmar que la libertad religiosa, no deja de ser un derecho a través del cual se manifiesta la libertad de conciencia. En este sentido se pronuncia Llamazares Fernández determinando que “lo que consagra el artículo 16.1 CE no son dos derechos ni dos libertades separables con regulaciones específicas diferentes, sino uno y el mismo derecho que contiene varias libertades”⁵⁴. Concluyendo de esta forma que “la libertad religiosa es la especie del género libertad ideológica, tanto en sentido amplio como en sentido restringido y, por tanto, está contenida conceptualmente en ella”⁵⁵. Por ello, se procede a abordar la libertad religiosa, destacando la relevancia que guarda con el menor.

La libertad religiosa, está compuesta como menciona Liñán García, por “el derecho de tener una religión, de cambiar de religión, de manifestar su religión, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la

⁵³ SUAREZ PERTIERRA, G., “La Libertad Religiosa, Ideológica y de Culto. Los Principios Informadores del Derecho Eclesiástico del Estado”, *Derecho Eclesiástico del Estado*, coordinador Gustavo Suárez Pertierra, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 134.

⁵⁴ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia...*, op. cit. p. 24.

⁵⁵ Ibidem.

práctica del culto y su observancia, o el derecho a recibir la educación religiosa que esté de acuerdo con las propias convicciones”⁵⁶. Reconociéndose, por tanto, también una dimensión tanto interna (garantía de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación), como externa (que faculta a la persona para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros)⁵⁷

La libertad religiosa, reconocida constitucionalmente, ha sido desarrollada en la Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa, que ha de ser interpretada conforme a los Tratados Internacionales que haya suscrito España en la materia. En ella se regula la delimitación de su ejercicio tanto de forma individual (por los particulares) como colectiva (por las entidades religiosas), así como los límites legalmente establecidos, consagrando en el artículo 3.1 como límite fundamental “la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales”, respecto al cual, Romero Coloma puntualiza que, “toda manifestación de creencias, que de algún modo, infrinja, lesione o viole la libertad de los demás o sus derechos habría incurrido en una extralimitación, clara y evidente, de la libertad ideológica y de culto, porque no ha respetado el ámbito de la libertad ajena y por tanto, ya existe, en ese supuesto, una evidente razón de orden público para su restricción o prohibición”⁵⁸. Este artículo concreta la limitación general impuesta por el art 16 CE, referida al “orden público protegido por la ley”, concepto que ha sido interpretado por autores como Pascual Mendrano “la noción de orden público del artículo 16 CE, no puede ser más amplia que el respeto a los derechos fundamentales ajenos y la preservación de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”⁵⁹.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español, no existe un reconocimiento expreso del derecho de libertad religiosa el favor del menor, hasta la entrada en vigor de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, donde en el artículo 6 se reconoce de forma expresa al menor como titular del derecho. De esta forma, como continúa Romero Coloma, “la Ley conjuga el reconocimiento, de un lado, de que el menor tiene derecho a la libertad ideológica, de conciencia y de religión, y de otro lado, se recuerda

⁵⁶ LIÑAN GARCIA, A, “La protección jurídica...”, op cit, p. 14

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ ROMERO COLOMA, A., *Derecho a la libertad religiosa del progenitor frente al beneficio del hijo menor*, Bosch, Barcelona, 2006, p. 29.

⁵⁹ PASCUAL MENDRANO, A., “Padres, hijos menores y libertad religiosa”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm 20, 2000, p. 8.

a los padres o tutores, que tienen el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”⁶⁰.

A pesar de que en España su regulación fue tardía, en el panorama internacional ya se venía reconociendo el derecho del menor a la libertad de conciencia y religiosa, como el artículo 14 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, constituyendo el primer instrumento jurídico internacional que reconoció de forma específica este derecho al menor⁶¹. Posteriormente, fue reconocido en los mismos términos por el principio 18 de la Carta Europea de los Derechos del Menor, emitida por el Parlamento Europeo en el año 1992. Así como, también los establece el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de Nueva York del 10 de diciembre de 1948, la cual hace una mención genérica a “todas las personas”, por lo que es aplicable a los menores.

Se configura como un derecho que en relación con el menor se proyecta en dos ámbitos. Por un lado, el escolar, ya que no deja de ser un derecho que guarda una íntima relación con el derecho de los padres consagrado en el artículo 27.3 CE, de educar a sus hijos en las propias convicciones, puesto que el inculcar o no una determinada religión, entraría dentro de la esfera del deber de educación que tienen los padres, respecto de los hijos. Y, por otro lado, el ámbito extraescolar, en el que el menor establece relaciones sociales, que inevitablemente se entrelazan con las familiares⁶².

Uno de los núcleos del conflicto en relación con el menor y la libertad religiosa, reside en el hecho de que la legislación española, no establece una edad límite de ejercicio del derecho, lo que se debe poner en relación como menciona Mesa Torres con “el derecho que ostentan los progenitores de elegir la educación religiosa y moral conforme con sus propias convicciones, constituye una manifestación concreta del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida en el art. 16 CE⁶³. La misma autora, propone que la edad de referencia debería ser los doce años “ya que es la más congruente con la finalidad de la Ley del Menor de promocionar al máximo su autonomía como individuo”⁶⁴. Sin embargo, hay otros autores como Rodrigo Lara, que

⁶⁰ ROMERO COLOMA, A., *Derecho a la libertad religiosa...*, op. cit. p. 79.

⁶¹ LIÑAN GARCIA, A, “La protección jurídica...”, op. cit. p. 13.

⁶² ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad ...*, op. cit. pp. 100-101.

⁶³ MESA TORRES, M.P., “La libertad religiosa del menor y el ejercicio de la patria potestad”, *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del estado*, núm 53, 2020, p. 3.

⁶⁴ *Ibidem*.

consideran que al igual que el ordenamiento jurídico portugués, la edad ideal serían los dieciséis años⁶⁵.

Desde otra perspectiva, Vidal Gallardo en sede del matrimonio, también trata la edad y madurez del menor en relación con la capacidad requerida para que éste preste el consentimiento de forma válida, determina que “la validez del consentimiento deberá ser analizada a la luz del grado de madurez del menor y de la del acto que se va a llevar a cabo. Por lo que se refiere al grado de madurez, no existe unanimidad en la doctrina sobre la edad exacta en que se alcanza este grado. No obstante, la salvaguarda de los derechos de los menores y la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, exigen que los Estados fijen una edad en que se considera a la persona con suficiente capacidad para prestar un consentimiento libre, pleno y válido para el matrimonio”⁶⁶.

La autora continúa mencionando que “en nuestro Derecho puede celebrar válidamente matrimonio un menor de edad, siempre que tenga más de 16 años y esté emancipado por cualquiera de las vías”, sin embargo, considera que “la edad mínima para contraer matrimonio debería ser, sin excepción, 18 años. Cualquier excepción a este límite como la prevista en nuestro ordenamiento, permitiendo contraer matrimonio a partir de los 16 años, aun cuando sea con el consentimiento de terceros suele acarrear consecuencias perjudiciales para la persona menor”⁶⁷. Esta interpretación podría ser aplicada de forma análoga para el caso del consentimiento prestado por el menor para la realización de una intervención médica, así como el ejercicio del derecho a la libertad religiosa.

Por lo cual, se puede concluir, que el menor es plenamente titular del derecho de libertad religiosa, así como al tratarse de un derecho de carácter personalísimo, supone que con arreglo al artículo 162.1 CC, no es susceptible de ser ejercitado por representación. Aunque, esta situación da lugar, en la práctica al enfrentamiento del ejercicio por el menor de su derecho a la libertad religiosa, cuando la ideología escogida es diferente a la de sus padres y, por otro lado, el derecho de los padres a educar a los hijos en una confesión religiosa (artículo 27.3 CE). En primer lugar, como menciona Mesa Torres “el derecho a elegir la educación religiosa y moral que esté conforme con

⁶⁵ RODRIGO LARA, B., “El ejercicio de la libertad...”, op. cit. p. 190.

⁶⁶ VIDAL GALLARDO, M., “La protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que representa el matrimonio forzado”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm 38, 2022, p. 294.

⁶⁷ *Ibidem*.

las propias convicciones constituye una manifestación concreta del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa consagrada en el artículo 16.1 CE⁶⁸, así como en el artículo 2.1. c) LO 1/1980. En este sentido se pronuncia Llamazares Fernández determinando que “el fundamento de este derecho de los padres no está en el derecho a la educación ni en el derecho a la libertad de enseñanza, sino en el derecho de libertad religiosa”⁶⁹. Además, de que el artículo 6 LO 1/1996, reconoce el papel de cooperadores de los padres para que el menor desarrolle la libertad ideológica de un modo que “contribuya a su desarrollo integral”, expresión que se puede reconducir por la vía del interés superior del menor. De forma que el legislador, esta reconociendo expresamente la labor de los padres de ayudar y facilitar al menor el ejercicio de la libertad religiosa.

Para abordar este conflicto, se debe partir de la consideración de que, en el supuesto de que el menor, debido a su escasa edad, como menciona Liñan García, “no sea capaz de adoptar decisiones por sí mismo, la religión o convicción en la que será educado lógicamente será la que le inculquen sus padres en función del derecho que tienen reconocido en los textos internacionales de Derechos Humanos y a nivel constitucional”⁷⁰. Como manifestación de la esfera de la patria potestad de los padres, por lo que quedaría amparado por el artículo 154 Código Civil.

En lo que respecta al conflicto, hay autores, como Redondo Andrés, que consideran que éste debería ser resuelto de forma judicial, atendiendo al caso por caso y siempre en defensa del interés superior del menor “es más, al considerar que el derecho de libertad religiosa es un derecho personalísimo operaría el artículo 162.1. CC, de tal manera que, si el juez estimara que el menor tiene la suficiente madurez, podría, en principio, expresar libremente su opción religiosa”⁷¹. Aunque, el mismo autor, es consciente de que “no siempre la voluntad del menor que goza de suficiente madurez ha de ser tenida en cuenta, por ejemplo, en situaciones de riesgo, que podrá hacerse prevalecer la voluntad de los padres en el ejercicio de la autoridad que les confiere el

⁶⁸ MESA TORRES, M.P., “La libertad religiosa...”, op. cit. p. 21.

⁶⁹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia II*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 127.

⁷⁰ LIÑAN GARCIA, A, “La protección jurídica...”, op. cit. p. 17.

⁷¹ REDONDO ANDRÉS, M.J., “La libertad religiosa del menor”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm 20, 2004, p.141.

Código Civil”⁷². En este sentido señala Romero Coloma, que, en todo caso, independientemente de cómo sea la resolución del conflicto, “los criterios de equidad deberían siempre estar presentes y, por supuesto, el principio, ineludible, del beneficio o interés del menor es el que debería presidir todas las actuaciones y decisiones judiciales. La quiebra, en ocasiones, de este principio no tiene justificación alguna”⁷³. En el caso, de que el menor careciera de la madurez suficiente, como apunta Mesa Torres, “son los padres quienes tomarán las decisiones sobre la educación religiosa del menor pero no ejerciendo por representación el derecho del menor”⁷⁴.

Otra posible controversia que se puede producir en relación con la esfera familiar y el ejercicio de la libertad religiosa por el menor surge en la posible discrepancia que se puede dar entre los dos progenitores, con respecto a la elección religiosa del menor, por pertenecer a diferentes confesiones o incluso conversión de uno u otro. En el caso de que los padres conviviesen, como menciona, Redondo Andrés sería de aplicación el artículo 156.2 CC “cualquiera de los cónyuges podrá acudir al Juez, quien, después de oírlos a ellos y al hijo si tuviere suficiente juicio, y en todo caso si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre”⁷⁵.

En último término, otro conflicto frecuente en la práctica es en el supuesto de crisis matrimoniales, en los cuales, la confesión religiosa de cada uno de los progenitores difiere, entonces a cuál de ellos, se le debe atribuir la custodia, y hasta qué punto la religión profesada por ellos es determinante para esa determinación. Según como establece Asensio Sánchez los criterios de asignación de custodia son, por un lado, el interés del menor que debe prevalecer en todo caso además, de que limita el derecho a la libertad religiosa de los padres y por otro lado, las convicciones religiosas no pueden constituir objeto de discriminación⁷⁶.

Aunque, evidentemente, una cosa parece clara: no se puede controlar, la educación religiosa que transmiten los padres a los hijos, ya que, en todo caso, el artículo 27.3 CE, reconoce el derecho de los padres a educar a sus hijos en sus propias convicciones. Aunque, en ocasiones la ideología de los padres difiere en gran medida de

⁷² Ibidem.

⁷³ ROMERO COLOMA, A., *Derecho a la libertad religiosa...*, op. cit. p. 59.

⁷⁴ MESA TORRES, M.P., “La libertad religiosa...”, op. cit. p. 28.

⁷⁵ REDONDO ANDRÉS, M.J., “La libertad religiosa...”, op. cit. p. 42.

⁷⁶ASENSIO SANCHEZ M.A “La influencia de las de las creencias religiosas en la atribución de la custodia”, *Laicidad y Libertades Escritos Jurídicos*, núm 10, 2010, pp. 32.

la del menor, dando lugar a un conflicto entre ambos sujetos, pudiendo, por tanto, existir una presunta vulneración de los derechos y libertades fundamentales del segundo. En este caso, surge la cuestión, de si estaría justificada una injerencia estatal en favor de la protección jurídica del menor⁷⁷.

Ante este conflicto, Llamazares Fernández reconoce plenamente el derecho que asiste al menor de tener creencias totalmente diferentes a las de sus padres, determinando que “frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal”⁷⁸.

Definitivamente, se puede concluir que el derecho de libertad religiosa en relación con el menor es plenamente titular de éste, pudiendo efectivamente, decidir la religión que estime oportuno. Siendo los padres los encargados de apoyar y guiar al menor, en ese procedimiento de educación, sin en ningún momento interferir en su libre pensamiento y respetando en todo momento al interés superior del menor.

4. EL INTERÉS DEL MENOR.

La institución jurídica de la familia ha sufrido a lo largo de los años una evolución social, lo que ha supuesto un abandono gradual de la consideración de la relación paterno-filial autoritaria, redefiniendo así los roles de cada uno de los miembros de la familia. Adquiriendo el menor un papel totalmente predominante, y sobre todo la salvaguarda de su integridad física y psíquica e interés, con el objetivo de no frenar su desarrollo personal. En la actualidad, así lo señala Ruiz de Huidobro “el niño y el adolescente son considerados sujetos de derecho que gozan de una especial protección jurídica, que se procura adaptar a su desarrollo madurativo y, por ello, pretende

⁷⁷ SANTAMARÍA LAMBÁS, F., “La Protección de la Libertad de Conciencia del Menor de Edad en su Esfera Personal por parte del Poder Público y Confesional”. *Estudio Jurisprudencia*, Coordinador Dionisio Llamazares Fernández, El Derecho Eclesiástico del Estado / Tirant lo Blanch, Madrid, 2021, pp. 1093-1094.

⁷⁸ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad...*, op. cit. p. 51.

garantizarse que su inserción en la familia busque siempre su interés superior, de tal forma que los deberes que les puedan corresponder solo se justifican si contribuyen directamente a su aprendizaje y maduración”⁷⁹.

El principal cuerpo normativo a nivel internacional, de reconocimiento de los derechos de los niños, lo constituye la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño de 1989, de las Naciones Unidas, el cual en virtud del artículo 1, es aplicable a “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. El antecedente directo, a dicha Convención, lo forma la Declaración de Ginebra de 1924, que, sin embargo, como establece Cillero Bruñol, “no consagra directamente derechos, sino más bien se enfoca en los deberes hacia los niños que son declarados y aceptados por hombres y mujeres de todo el mundo. Su contenido es breve y sintético, expresado a modo de imperativos”⁸⁰. Centrándose, por tanto, simplemente en el bienestar y protección del menor, no tanto en el reconocimiento de derechos y libertades. Por su parte Cots I Moner considera que la Declaración de Ginebra “solo contiene derechos sociales. Y en rigor todavía no se podía hablar de derechos porque era una declaración de principios, que, según él, el tono de la declaración es más de plegaria que de exigencia”⁸¹.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños de 20 de noviembre de 1989, firmada por España el 26 de enero de 1990 y ratificada el 6 de diciembre del mismo año, supuso un antes y un después en la regulación de los derechos de los menores. Cillero Bruñol la califica de “portadora de una nueva concepción jurídica de la infancia que se traduce, como proyecto político inscrito en su texto, en una orientación imperativa para el proceso de transformación de las relaciones del niño con el Estado, la familia y la sociedad en la sociedad contemporánea”⁸². En cuanto a su contenido, por primera vez se delimita desde una perspectiva objetiva al niño, siendo éste el menor de dieciocho años, además, establece una serie de derechos

⁷⁹ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., “El Concepto de Menor”, *Tratado del Menor, la Protección Jurídica a la Infancia y la Adolescencia*, coordinadora Clara Martínez García, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 72.

⁸⁰ CILLERO BRUÑOL, M., “La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Introducción a su Origen, Estructura y Contenido Normativo”, *Tratado del Menor, la Protección Jurídica a la Infancia y la Adolescencia*, coordinadora Clara Martínez García, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 88.

⁸¹ COTS I MONER, J., “Los Antecedentes de la Convención. Síntesis de un Logro”, *El Desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, coordinador Carlos Villagresa Alcaide, Bosch, Barcelona, 2006, p. 28.

⁸² CILLERO BRUÑOL, M., “La Convención Internacional...”, op. cit. p. 95.

principales que informan al resto, como son el derecho a la vida, a la no discriminación, el respeto de su opinión, haciendo especial hincapié en el interés superior del menor⁸³, artículo 3.1. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”. Este concepto, es de gran relevancia, ya que es la piedra angular sobre la que se cimienta todo el régimen jurídico del menor actualmente.

Además, la Convención de Naciones Unidas, supuso un mandato a los diferentes Estados miembro del Convenio, para que introdujeran en sus ordenamientos jurídicos relevantes medidas legislativas, que garantizaran, así como protegieran los derechos y libertades fundamentales de los menores. Lo que ha desembocado en la proliferación de un numeroso elenco legislativo, tanto en el ámbito nacional como europeo e internacional, que trata de proteger al menor, como sujeto de derechos fundamentales, así como de posibles abusos de los que pueda ser objeto, en el contexto familiar o en cualquier otro.

En el ordenamiento jurídico español, tanto la protección jurídica, como el interés del menor cuentan, por un lado, con un reconocimiento constitucional indirecto, en el artículo 39 CE, apartados 3º y 4º, que reconoce la protección de los menores con arreglo a los diferentes acuerdos internacionales ratificados por España relativos a la infancia (que son la Declaración de Derechos del Niño 1959 y la Convención Universal de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989).

Por otro lado, destaca uno de los primeros cuerpos legales que se aprobó en España tras la Convención de 1989, y que debe ser tenido en cuenta en la interpretación del régimen jurídico del menor, como es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor y de modificación parcial del código civil y enjuiciamiento civil. Texto normativo que, como señala Moretón Sanz, “la finalidad principal era la dotación de un adecuado marco jurídico de protección al menor, teniendo presentes tanto los principios rectores de la Constitución Española, como la

⁸³ COTS I MONER, J., “Los Antecedentes de la Convención...”, op. cit. p. 35.

Convención de las Naciones Unidas y la Carta Europea de los Derechos del Niño”⁸⁴.
Teniendo siempre presente el supremo interés del menor.

Esta ley, fue objeto de modificación con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Para la elaboración de la ley, se tomaron de referencia, los criterios establecidos por la Observación General núm 14 de 29 de mayo de 2013, del comité de las Naciones Unidas de Derechos del Niño.

A través del nuevo texto normativo, se introdujo en la redacción del artículo 2 de la LOPJM, el interés superior del menor, teniendo una primacía respecto a cualquier otro interés legítimo. De esta forma, como señala Álvarez Vélez, “en el caso de que el conflicto implique a menores, el criterio utilizado debe ser la protección del interés superior del menor. En nuestro sistema jurídico, son los jueces y tribunales los garantes de que este principio se interprete y aplique correctamente por las instituciones encargadas de velar por el bienestar de menor”⁸⁵. Además, de que “garantizó la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor, la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones. La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y la preservación de su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación o identidad sexual”⁸⁶.

Por lo que, es más que evidente que el eje principal es el interés superior del menor. Así lo pone de manifiesto Alonso Pérez, “el interés superior, sin duda debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas en orden se su desarrollo físico, ético y cultural”⁸⁷. Por otro lado, autores como Moreno Antón, consideran que “el interés superior del menor es el criterio rector de toda la legislación sobre menores y vincula a

⁸⁴ MORETÓN SANZ, M.F., “La Adaptación de Nuestro Derecho a la Convención”, *El Desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, coordinador Carlos Villagresa Alcaide, Bosch, Barcelona, 2006, p. 84.

⁸⁵ ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., “Sistema Normativo Español sobre Protección de Menores”, *Tratado del Menor, la Protección Jurídica a la Infancia y la Adolescencia*, coordinadora Clara Martínez García, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 135.

⁸⁶ SANTOS MORÓN, M.J., “El interés del menor. Criterios de determinación y de aplicación en casos concretos”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm 38, 2018, pp. 214-215.

⁸⁷ ALONSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, *Actualidad civil*, núm 1, 1997, p. 24.

todos los agentes familiares, sociales y jurídicos que tengan que tomar decisiones que les afecten, no solo en supuestos conflictivos, sino también en las situaciones cotidianas en las que puedan verse envueltos”⁸⁸.

El fundamento del interés del menor, se basa en la protección y salvaguarda de los derechos de la personalidad de aquel, así como lo refleja Bartolomé Tutor “la justificación objetiva de este interés superior, parte de la situación de especial vulnerabilidad del menor y de la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía y responsabilidad junto a la necesidad de que las circunstancias que le rodean le sean especialmente favorable en esta etapa vital de desarrollo como ser humano”⁸⁹.

El interés del menor se constituye pues, como una figura que se encuentra íntimamente relacionada con la patria potestad, llegando a transformar esta institución jurídica, pasando a ser considerada como una función que tienen los padres, cuyo ejercicio se ha de hacer siempre en beneficio del menor (artículo 154 Código Civil). Además, el interés del menor no es simplemente el eje sobre el que gira el ejercicio de la patria potestad, sino que también se construye como el principio básico sobre el que se articula la protección socio jurídica del menor, dando como resultado un verdadero estatuto jurídico del menor de *ius cogens*⁹⁰, ya que es indisponible y ampara a todos los menores, nacionales o extranjeros que se encuentren en territorio español.

En cuanto a su naturaleza jurídica, por su parte, el Tribunal Constitucional, ha calificado al interés del menor, como un contrapeso. En este sentido se pronuncia en los siguientes términos “el interés superior del niño opera, precisamente como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor”⁹¹. Lo que supone que “cuando el ejercicio de algunos de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el

⁸⁸ MORENO ANTÓN, M., “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, *Anuario de la facultad de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm 15, 2011, p. 98.

⁸⁹ BARTOLOMÉ TUTOR, A., *El reconocimiento de los menores...*, op. cit. p. 99.

⁹⁰ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *Patria potestad, minoría de edad...*, op. cit. p. 41.

⁹¹ STC 176/2008, 22 de diciembre, FJ. 6º, Aranzadi.

interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste”⁹². Además de que también ha considerado el interés del menor como un elemento más el estatuto jurídico del menor por lo que es sin duda “una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”⁹³.

Por otro lado, autores como Aláez Corral, parten de la consideración de que “el menor no se basta por sí mismo para la tutela de sus derechos e intereses y precisa la adopción de instrumentos de heteroprotección que le permitan paulatinamente heteroprotgerse ejerciendo autónomamente sus derechos fundamentales”⁹⁴, siendo el interés del menor el instrumento necesario que se configura como una “herramienta legal prevista para que, a través de la heteroprotección que dispensan los padres o tutores, se pueda desarrollar progresivamente la personalidad del menor y con ello avance su autoprotección”⁹⁵.

Se puede observar que el interés superior del menor es de primordial observancia, en cualquier tipo de acto, medida o negocio jurídico que se lleve a cabo y que involucre a un menor, así lo refleja el Comité de Derechos del Niño en la Observación General 14º de 2013, en el artículo 3.1, estableciendo, que para que el interés del menor se constituya como una consideración primordial, debe en todo caso, repercutir en las medidas adoptadas por los gobiernos, así como en las decisiones individuales tomadas tanto por autoridades judiciales como públicas⁹⁶.

Aunque, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, ello supone que la delimitación de su contenido sea en numerosas ocasiones compleja, por lo que, su concreción, se debe hacer de forma personal dependiendo del caso concreto, así como lo refleja Markova Ivanova, “el interés del menor debe definirse de forma individual en relación a una situación y un niño concreto, atendiendo a las características que hacen que el niño sea único (edad, sexo, grado de madurez)”⁹⁷.

⁹² Ibidem.

⁹³ STC 141/2000 de 29 de mayo, FJ. 5º, Aranzadi.

⁹⁴ ALÁEZ CORRAL, B, “El ejercicio autónomo de los derechos...”, op. cit. p. 69.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ BARTOLOMÉ TUTOR, A., *El reconocimiento de los menores...*, op. cit. p. 102.

⁹⁷ MARKOVA IVANOVNA, A.S., “El derecho de autodeterminación del menor maduro en el ámbito de la salud”, *Revista internacional de investigación en Bioderecho*, núm 6, 2017, p.7.

El Tribunal Supremo, ha establecido una serie de aspectos a los cuales hay que prestar atención para la determinación del interés del menor, tales como las necesidades materiales básicas o vitales, sentimientos, opiniones, personalidad, perspectivas personales, entre otros⁹⁸.

Por otro lado, hay autores, como Asensio Sánchez, que diferencia entre el concepto de interés del menor “*in abstracto*” e “*in concreto*”. El primero de ellos, trata de sentar las líneas básicas y criterios generales, para de esta forma guiar a los operadores jurídicos, sobre de cuál es la intención del legislador al regular esta institución jurídica, dando lugar a la interpretación del interés del menor por la protección de sus derechos, identificándolo con el libre desarrollo de la personalidad. Y en cuanto al interés del menor “*in concreto*”, hace referencia tanto a los elementos intrínsecos, como a los extrínsecos del propio menor⁹⁹.

Por lo que, se puede concluir que el legislador español ha configurado el interés del menor, como un concepto jurídico indeterminado, relacionado con la patria potestad totalmente ambivalente, ya que, en parte opera, como un elemento legitimador de la actuación de los titulares de la patria potestad, pero, a su vez, limita el ejercicio de ésta, ya que, en todo caso, aquellos han de actuar en interés del menor, fomentando el desarrollo de la personalidad del menor¹⁰⁰. De forma que cualquier acto realizado que no sea en beneficio de interés del menor, se considera como un supuesto de extralimitación de la facultad de representación legal de los hijos, del artículo 162 CC.

En conclusión, se puede determinar que el interés del menor es de suma relevancia en el ordenamiento jurídico, ya que se configura como un principio informador del derecho, en todos aquellos supuestos en los que intervenga un sujeto menor de edad, puesto que a través de la creación un estatuto jurídico del menor se pretende proteger y garantizar, en todo caso, el desarrollo de la personalidad del menor y facilitar el ejercicio de sus derechos fundamentales. Aunque como se ha podido observar, la imprecisión del legislador o la generalidad con la que trata al concepto da lugar a debates o conflictos en cuanto a su determinación y contenido, pero ello no es óbice para que no sea respetado.

⁹⁸ STS 565/2009, de 31 de julio, Antecedentes de Hecho 8º, Aranzadi.

⁹⁹ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A, *La patria potestad y la libertad...*, op. cit. p. 65.

¹⁰⁰ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A, *Patria potestad, minoría de edad ...*, op. cit. p. 43.

5. EL DERECHO A LA SALUD Y AUTONOMÍA DEL PACIENTE: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

La relación médico-paciente, ha sido objeto de evolución desde su concepción tradicional. Históricamente, el médico era considerado como un profesional y experto en el campo, y como tal, era el único indicado para decidir sobre la salud de sus pacientes, por lo que se le reconocían mayormente derechos, pero no tanto un catálogo de obligaciones. Además, era escasa la responsabilidad que asumía respecto de la intervención que fuera a realizar, ya que se consideraba que no existía una certeza respecto del resultado de la intervención¹⁰¹, no existiendo una *lex artis sanitaria*, como tal, que fuera la base de la profesión. Por lo que, se construyó un sistema médico esencialmente paternalista, donde, como menciona Ravetllat Ballesté y Parra Sepúlveda, “era el facultativo quien tenía una potestad absoluta de adoptar las decisiones que estimara oportunas en materia médica, siendo el paciente un mero sujeto pasivo de la asistencia sanitaria”¹⁰².

Actualmente, la posición del propio ser humano ha cambiado, lo que ha supuesto la modificación de esa relación jurídica entre el médico y el paciente, pasando al primer plano, derechos como son la dignidad e integridad física de sujeto¹⁰³. Además, como puntualiza Markova Ivanovna “tras el nacimiento de la Bioética comienza la promoción de la autonomía de la persona, mediante la imposición del deber de transmitir al paciente información veraz, haciéndole copartícipe en la toma de decisiones médicas, sin obviar el fin último de la medicina, su beneficio. Y este es el fundamento en que descansa la doctrina del consentimiento informado, equilibrar los valores de autonomía y beneficencia”¹⁰⁴. Configurándose de esta forma, los cuatro principios que orientan las decisiones de las personas en la bioética principalita, siendo la no maleficiencia, la

¹⁰¹ ORTIZ FERNÁNDEZ, M., El consentimiento informado en el ámbito sanitario: responsabilidad civil y derechos constitucionales. Dykinson S.L, Madrid, 2021, pp. 24-25.

¹⁰² PARRA SEPÚLVEDA, D Y REVETLLAT BALLESTÉ, I., “El consentimiento informado de las personas menores de edad en el ámbito de la salud”, Revista Ius et Praxis, núm 3, 2019, p. 216.

¹⁰³ Ibidem.

justicia, la beneficencia y la autonomía¹⁰⁵, siendo en el último de ellos, en los que se encuadra el consentimiento informado.

Todo ello, implicó, la adaptación de los diferentes ordenamientos jurídicos, para el reconocimiento de los derechos del paciente, basándose en el principio de autonomía y autodeterminación que se traduce en la capacidad de decidir sobre los aspectos de la vida, convirtiendo en protagonista al consentimiento del paciente. En el ordenamiento jurídico español, la evolución se ha visto reflejada, principalmente, entre otros textos normativos, en la Ley 14/1986 General de Sanidad y en la entrada en vigor de la Ley 41/2002, de la autonomía del paciente.

Es por lo expuesto, que el consentimiento informado, se consagra como la institución, alrededor de la cual pivota la autonomía del paciente. Por ello, el propio Tribunal Constitucional, lo ha dotado de una marcada relevancia constitucional, ya que no deja de ser una herramienta que supone el ejercicio de derechos fundamentales (el derecho a la integridad física y moral, artículo 15 CE), y de libertades fundamentales. Consagrándolo como, “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”¹⁰⁶. Por ello, el consentimiento trasciende del ámbito sanitario o de la asistencia clínica, llegando a ser un acto de autonomía que la persona realiza, respecto de su propio cuerpo e integridad física. Por tanto, es una decisión que únicamente le concierne al paciente, ya que como mencionada Rovira “sólo el paciente es titular de la garantía del consentimiento informado, como acto que expresa la libertad de decisión individual es un verdadero acto de autodeterminación personal”¹⁰⁷.

El consentimiento informado, encuentra su definición básica en el artículo 3 de la Ley 41/2002, además está compuesto por dos pilares fundamentales claramente diferenciados. Por un lado, el derecho a ser informado, que comprende todos aquellos datos que el médico ha de proporcionar de forma previa al paciente sobre la intervención concreta que se va a realizar¹⁰⁸. Por otro lado, el consentimiento *stricto*

¹⁰⁵ BLASCO IGUAL, M.C., “El consentimiento informado del menor de edad, en materia sanitaria”, *Revista de bioética y derecho: publicación del máster en bioética y derecho*, núm 35, 2015, p. 34.

¹⁰⁶ STS 3/2001, de 12 de enero, FJ. 1, Aranzadi.

¹⁰⁷ ROVIRA, A., *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*. Thomson Aranzadi, Madrid, 2007, p. 162.

¹⁰⁸ ORTIZ FERNÁNDEZ, M., *El consentimiento informado...*, op. cit. p. 24.

sensu, que es la decisión libre y voluntaria emitida por el paciente, a través de la cual autoriza al médico a que se le realice una determinada intervención médica. Son dos fases diferentes pero que están íntimamente relacionadas ya que la primera es la condicionante de la segunda, lo que supone como mencionan Parra Sepúlveda y Ravetllat Ballesté, que se construye la “doctrina conforme a la cual el facultativo, no podrá amparar su actuar en el correcto ejercicio de la *lex artis*, si infringe los deberes de informar al paciente y de obtención de consentimiento informado”¹⁰⁹.

Por tanto, el procedimiento del consentimiento informado, como apunta Rovira, “es la realización de la autonomía personal, de su autodeterminación frente a los tratamientos médicos, ya que la facultad de escoger, de decidir, de consentir o rechazar una intervención médica es una manifestación de los más fundamentales derechos”¹¹⁰. Constituye, de esta forma, como establece Reynal Reillo, “una expresión del derecho del paciente a la libre determinación de su voluntad en el ámbito de su derecho a la integridad física y psíquica tras recibir la información adecuada”¹¹¹.

Autores como Ortiz Fernández señalan que el reconocimiento del consentimiento informado, se configura como la materialización del derecho de autodeterminación del paciente, es decir “el poder otorgado a un sujeto para autogobernarse y desarrollar libremente su personalidad. Este derecho supone la manifestación y una expresión de la autonomía de la voluntad en la medida que permite que las personas se autogestionen”¹¹².

En cuanto a su fundamento o naturaleza jurídica, el Tribunal Supremo, ha declarado lo siguiente, “el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos de vida, 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

¹⁰⁹ PARRA SEPÚLVEDA, D Y REVETLLAT BALLESTÉ, I., “El consentimiento informado...”, op. cit. p. 219.

¹¹⁰ ROVIRA, A., *Autonomía personal y tratamiento médico...*, op. cit. p. 162.

¹¹¹ REYNAL REILLO, E., *Cuestiones actuales del consentimiento informado*, Universidad de Valencia, Valencia, 2016, p. 171.

¹¹² ORTIZ FERNÁNDEZ, M., “Autonomía de la voluntad y derecho de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito sanitario: últimas tendencias en España”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm 16, 2022, p. 182.

consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”¹¹³. No obstante, frente a esta postura del Tribunal Supremo, Agón López, menciona cómo parte de la doctrina mayoritaria “ha criticado que se haya creado una nueva categoría jurídica que no aparece en la Constitución”¹¹⁴.

En materia sanitaria, hay un numeroso elenco de disposiciones normativas, tanto estatales como autonómicas, en virtud del artículo 149.1. 21ª CE. El precedente normativo de la actual Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente, se encuentra en el art. 10.6 de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad¹¹⁵, disposición actualmente derogada, pero que, sin embargo, marcó un hito normativo, ya que fue la primera ley que reguló el consentimiento informado, porque hasta el momento solo se contemplaba en normas reglamentarias¹¹⁶ como el Real Decreto 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos, actualmente derogado por el Real Decreto 1090/2015, de la misma materia. El artículo 5 recoge el derecho que tienen los menores de 12 años o más, a ser informado sobre el ensayo clínico que se le vaya a practicar, además de que, de forma conjunta, sean informados sus representantes legales.

El mencionado artículo 10 de la LGS, regulaba la necesidad y obligación de que el paciente prestara su consentimiento para la realización de cualquier tipo de intervención. Sin embargo, era una regulación muy deficiente, así como poco clara e imprecisa, por lo que generaba más dudas y que soluciones¹¹⁷. No contaba con una mención específica a los menores y la capacidad de estos en el ámbito sanitario, simplemente se hacía una referencia genérica, en la excepción del apartado b) del artículo. En él, se contemplaba para los supuestos en los que el paciente no estuviera

¹¹³ STS 3/2001, de 12 de enero, FJ. 1º, Aranzadi.

¹¹⁴ AGÓN LÓPEZ, J.G., *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, tesis doctoral, p. 131.

¹¹⁵ A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

- a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

¹¹⁶ AGÓN LÓPEZ, J.G., *Consentimiento informado y...*, op. cit. p. 121.

¹¹⁷ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *Patria potestad, minoría de edad...*, op. cit. p. 80.

capacitado para tomar decisiones, que el consentimiento debiera ser prestado por sus familiares o personas allegadas. No se explicitaba el término familiares y allegados, si se quería hacer referencia a parientes, o que personas se las tendría que considerar como allegadas. Tampoco se hacía referencia expresa a la forma en la que se tenía que emitir el consentimiento o el contenido de la información.

De esta forma, la anterior Ley General de Sanidad, enmarcaba el régimen del menor, simplemente en la mencionada excepción, por lo que, en todo caso, el consentimiento por este tipo de pacientes debería ser prestado por representación¹¹⁸. Por ello, la doctrina interpretó que el menor con las suficientes condiciones de madurez debía ser quien prestara la autorización para la realización de la intervención. La imprecisión de la norma, en parte, encuentra su explicación en la intención de esta, cuyo objeto principal era el de modernizar, reestructurar, así como adecuar la Administración pública sanitaria al espíritu constitucional, no tanto crear un conjunto de derechos de los pacientes¹¹⁹.

Sin embargo, el punto de inflexión, sobre el reconocimiento de régimen jurídico para los pacientes menores, se producirá el 4 de abril de 1997, a través del conocido Convenio de Oviedo, siendo ratificado por España el 27 de marzo de 1999, entrando en vigor el 1 de enero de 2000. El objetivo del Convenio fue el de fomentar la autonomía del paciente, aumentando la voluntad de éste aun siendo menor. Como refiere Markova Ivanovna, “partiendo de la primacía del ser humano, cuyo interés y bienestar deben prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia, recalando que en caso de menores, que según la ley, no tiene capacidad para otorgarlo serán sus representantes quienes han de prestar autorización, debiendo considerarse la opinión del menor, como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”¹²⁰.

Como figura en el artículo 6.2 “*cuando según la ley un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para la intervención, ésta sólo podrá efectuarse con la autorización de su representante, de una autoridad o institución designada por la ley*”. “*La opinión del menor será tomada en consideración como un*

¹¹⁸ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F “El menor un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm 8, 2013, p. 290.

¹¹⁹ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A, *Patria potestad, minoría de edad...*, op. cit. p. 80.

¹²⁰ MARKOVA IVANOVNA, A.S., “El derecho de autodeterminación...”, op. cit. p, 5.

factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”. También el artículo 5 dispone lo siguiente *“una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sus riesgos y consecuencias”.*

De esta forma, se puede observar que es a partir de los años noventa, gracias al Convenio de Oviedo, se sientan las bases y se promueve una modificación del cuerpo normativo existente hasta la fecha, con el objetivo de garantizar el consentimiento del menor en las intervenciones sanitarias.

5.1 RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y EL MENOR: LEY 41/2002.

Como ya se ha mencionado, la Ley 41/2002, es la básica reguladora de la autonomía del paciente. Encuentra su germen e inspiración en el Convenio de Oviedo de 1997, a través del cual se deroga el artículo 10.6 Ley General de Sanidad. El vigente texto normativo, se basa principalmente en la salvaguarda de la autonomía del paciente, así como el respeto de su dignidad, lo cual se consigue entre otros instrumentos, con el consentimiento informado y con la información previa necesaria. Es sólo en ese caso, el paciente es plenamente libre tanto de aceptar el tratamiento, como de rechazarlo y que en todo momento se tenga en cuenta su decisión.

De entre los mecanismos más importantes, que utiliza el legislador, para fomentar la autonomía del paciente, destaca el artículo 2 Ley 41/2002, que reconoce un amplio elenco de derechos al paciente, de los que carecía con las anteriores legislaciones. Derechos como que la dignidad de la persona y el respeto de la autonomía de su voluntad y su intimidad, orientaran en todo caso la actividad encaminada a obtener y utilizar la información y documentación clínica. Derecho del paciente a decidir libremente tras haber recibido la información adecuada. Derecho a negarse al tratamiento, haciendo constar la negativa por escrito. Derecho del paciente a que se respete en todo caso por el profesional médico la decisión tomada, siendo una obligación para este.¹²¹

¹²¹ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A, *Patria potestad, minoría de edad...*, op. cit. p. 81.

Por otro lado, la ley también recoge e intenta dar solución a los diferentes problemas que puedan surgir a raíz del consentimiento prestado por menores de edad, contemplando la posibilidad en el artículo 9 Ley 41/2002, de que el consentimiento sea prestado por los representantes legales, en el caso de que el menor no sea capaz intelectual ni emocionalmente para comprender la intervención. De esta forma la ley utiliza criterios objetivos, para determinar en el caso de los menores quien puede y debe prestar el consentimiento (posteriormente se procederá a desarrollar la regulación sobre el consentimiento del menor).

5.2 EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO.

El consentimiento informado, tanto en pacientes menores como mayores de edad, constituye la principal herramienta para el ejercicio del derecho de la autonomía del paciente, el cual, implica la libertad que tiene este para decidir sobre su propia integridad física, siendo, por lo tanto, el único legitimado, para determinar que riesgos asume o rechaza, en base a sus propias creencias, o personalidad¹²². Por lo que, es también considerado el derecho a la dignidad, reconocido en el art 10.1 CE uno de los principios informadores del consentimiento informado.

La Ley 41/2002 en el artículo 3 proporciona una definición del concepto de consentimiento informado *“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 afecta a su salud”*. El legislador a través de esta conceptualización establece las características fundamentales del consentimiento, destacando la capacidad que la persona ha de tener para prestarlo, además de que el consentimiento ha de ser libre, consciente, voluntario y previa información por parte del facultativo. Contemplando posteriormente las soluciones en los supuestos en los que estos presupuestos básicos no existan¹²³.

En primer lugar, cabe abordar la capacidad necesaria para que el consentimiento informado emitido por el menor sea válido, ya que como apunta Blasco Igual, el consentimiento para que tenga la fuerza legitimadora en favor del médico, ha de ser

¹²² ALVENTOSA DEL RÍO, J “El consentimiento del menor en el ámbito de la sanidad la biomedicina en España”, *Revista boliviana de derecho*, núm 20, 2015, pp. 266.

¹²³ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A, *Patria potestad, minoría de edad...*, op. cit. pp. 71-72.

prestado por un paciente con la capacidad de obrar suficiente para poder decidir por sí mismo¹²⁴. Se debe tener presente, que el hecho de que el sujeto sea menor supone la aplicación primordial del principio de interés superior del menor. Lo que se traduce como señala Markova Ivanovna, en que “la protección del menor en el ámbito sanitario implica la armonización de tres principios, la autonomía del paciente, el beneficio del paciente y el interés superior del menor”¹²⁵.

La capacidad específica que se requiere en el ámbito sanitario se identifica con la capacidad natural, que, como menciona Reynal Reillo, se puede entender como “una aptitud intelectual y emotiva, que precisa el hombre para entender su situación enfermedad y poder optar entre las alternativas terapéuticas que se le ofrecen en función de lo que considere más conveniente”¹²⁶.

Con anterioridad a la reforma que introdujo la Ley 26/2015, del art.9 de la Ley 41/2002, dicho artículo reconocía la posibilidad de que los menores prestaran de forma válida el consentimiento, siempre que tuvieran la suficiente capacidad natural, presumiendo que la ostentaban a partir de los dieciséis años. Sin embargo, actualmente, el artículo 9.4 LAP, contempla el supuesto de que los menores de edad de dieciséis años, no cabe el consentimiento por representación, salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor. Lo que genera una cierta confusión.

Por ello, autores como Santos Morón, critican la redacción del precepto, porque “si de lo que se trata es de privar al menor de la posibilidad de rechazar un tratamiento vital, porque se entiende que el Estado debe proteger a toda costa la vida del sujeto menor de edad, habría sido más honesto decirlo con claridad”¹²⁷. Por lo que, en virtud del presente artículo, se configura una presunción de que un menor de doce años carece de la capacidad natural suficiente como para prestar consentimiento, aunque deba ser escuchado.

En este sentido, Blasco Igual, pone de manifiesto que el criterio de la edad en relación con la capacidad es cuestionable, determinando que “la capacidad natural de la persona hace referencia a la facultad de entender y de querer de forma autónoma en

¹²⁴ BLASCO IGUAL, M.C, “El consentimiento informado...”, op. cit. p. 35.

¹²⁵ MARKOVA IVANOVNA, A.S., “El derecho de autodeterminación...”, op. cit. p.9.

¹²⁶ REYNAL REILLO, E., Cuestiones actuales del consentimiento..., op. cit. p. 175.

¹²⁷ SANTOS MORÓN, M.J., “El interés del menor...”, op. cit. p. 228.

cuanto al acto concreto de que se trate, de forma que junto con la capacidad de juicio es vinculante para prestar el consentimiento de forma libre y voluntaria”¹²⁸. Es decir, que, la técnica del legislador, de establecer tramos de edad en los que se presume que el menor ostenta la capacidad suficiente, puede generar en ocasiones cierta inseguridad jurídica, lo que supone que siempre se debe valorar la madurez del menor, atendiendo a la naturaleza y circunstancias de la intervención que se va a realizar, y corroborar que la decisión que está adoptando, es con conocimiento de causa.

5.2.1 El derecho a ser informado.

Antes de abordar la casuística del consentimiento del menor, considero pertinente abordar el derecho a ser informado, que no deja de ser otro pilar fundamental de la autonomía del paciente. Se ha mencionado previamente, que el consentimiento informado, está compuesto por dos pilares el derecho de información y el derecho de consentimiento. El primero es de gran relevancia, debido a que supone la antesala necesaria al consentimiento, ya que éste solo es válido si previamente se le ha proporcionado al paciente la información suficiente que le permita tomar una decisión libre y contrastada. En este sentido, lo menciona Agón López “existe un deber de información que hace parte de la *lex artis*, dentro de las técnicas del buen hacer médico, y que es una exigencia emanada de la buena fe”¹²⁹.

El derecho a ser informado cuenta con un respaldo normativo, en la Ley 41/2002, que reconoce en varios de sus preceptos este derecho como un deber de los facultativos, entre ellos el artículo 2.6 y el artículo 4.1 que reconoce el derecho que tiene todo paciente a ser informado de cualquier tipo de intervención que se le vaya a realizar. El propio Convenio de Oviedo de 1977 también lo recoge en su artículo 5 “*una intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sus riesgos y consecuencias*”.

Con todo ello, como menciona Jiménez Rodríguez, supone que se consagre el derecho de los pacientes a “conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de

¹²⁸ BLASCO IGUAL, M.C., “El consentimiento informado del menor de edad”, *Revista de bioética y derecho*, núm 35, 2015, p. 34.

¹²⁹ AGÓN LÓPEZ, J.G., *Consentimiento informado y...*, op cit, p. 16.

su salud, toda información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada”¹³⁰.

Se deben diferenciar, dos tipos de informaciones, por un lado la asistencial, es decir, aquella que Agón López, define, como “que tiene incidencia terapéutica en el estado del paciente, y que forma parte del deber asistencial del médico”¹³¹. Por otro lado, se encuentra la información necesaria para consentir, que es la que permite que el consentimiento informado sea válido¹³². De forma que un quebrantamiento de la primera podría implicar el incumplimiento de la *lex artis* por parte del facultativo, mientras que, en el caso de la segunda, podría suponer un vicio en la prestación del consentimiento implicando la nulidad.

El hecho de tener que informar al paciente se configura como un elemento dual, ya que, por un lado, es un derecho que todo paciente tiene y, por otro lado, es un deber u obligación que recae sobre el médico o facultativo, tener en cuenta, además, que se configura como un deber que recae en el facultativo, que no se agota en un único acto, sino que es de tracto continuado o sucesivo¹³³.

En cuanto a los sujetos intervinientes en este derecho, desde el punto de vista activo, es decir los responsables de proporcionar la información, de acuerdo con los artículos 2.6 y 4.3 Ley 41/2002 “*el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho de información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsable de informarle*”. Respecto al concepto de “médico responsable” la propia ley, en el artículo 3, proporciona una definición, estableciendo que será “el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente atención e información durante el proceso asistencial”. El Tribunal Supremo, por su parte, también ha reconocido que el deber de informar recae sobre la figura del médico “ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información

¹³⁰ JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, J.M., “El derecho de información de los usuarios o paciente. Mas allá del consentimiento informado”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, laborum monográfico*, núm 4, 2022. P. 155.

¹³¹ AGÓN LÓPEZ, J.G., Consentimiento informado y..., op. cit. p. 17.

¹³² Ibidem.

¹³³ PARRARRA SEPÚLVEDA, D Y REVETLLAT BALLESTÉ, I., “El consentimiento informado de...”, op. cit. p. 228.

del médico para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones que la ciencia médica le ofrece al respecto”¹³⁴.

El legislador abarca a todas aquellas personas que de forma indirecta hubieran intervenido en algún momento en la realización de la intervención. Aunque, resulta evidente que la información que deben facilitar el conjunto de profesionales que van a atender al paciente, no es la misma que debe proporcionar el médico, ya que los primeros se centran en informar de la actuación específica que van a realizar, mientras que el segundo, es sobre el que recae el mayor peso de la obligación¹³⁵.

Desde el punto de vista del titular que disfruta de este derecho, como se desprende del art 5.1 Ley 41/2002, en primer lugar, es el paciente y, en segundo lugar, todas aquellas personas vinculadas a él por razones familiares, siempre y cuando el paciente lo permita de forma expresa o tácita¹³⁶. Al utilizar la rúbrica de “paciente”, ello implica que toda persona puede ser titular de este derecho, ya que, de acuerdo con Reynal Reillo, es un derecho que “se basa en la dignidad de la persona humana, el respeto de la autonomía de su voluntad y a su intimidad”¹³⁷. Por lo que, aparentemente el legislador, no realiza, ninguna distinción de edad respecto de este derecho. Ya que, además, el artículo 5.2, reconoce el deber de información, incluso en el supuesto de incapacidad, en cuyo caso, se deberá transmitir la información al representante legal. Esta redacción, como apunta Alventosa del Río, “parece que se hace referencia tanto a la incapacidad decretada judicialmente como a la incapacidad por razón de edad”¹³⁸. Por ello, el caso del menor de edad, hay que diferenciar, dos grupos de sujetos. Por un lado, los menores emancipados y menores mayores de dieciséis años, los cuales son plenos titulares del derecho a la información, salvo en el caso del párrafo segundo del artículo 9.4 LAP. Y, por otro lado, el grupo de los menores no emancipados, menores de dieciséis años, a los que la información se les proporcionará a sus representantes legales, pudiendo informarle al menor atendiendo a su grado de madurez.

Sin embargo, cuando el legislador en el artículo 5.3 hace referencia al supuesto en el que facultativo, observe que paciente carece de la capacidad para entender la

¹³⁴ STS 3/2001, de 12 de enero, FJ. 1º, Aranzadi.

¹³⁵ ORTIZ FERNÁNDEZ, M., “El consentimiento informado...”, op. cit. pp. 198-199.

¹³⁶ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A, *Patria potestad, minoría de edad...*, op. cit. p. 89.

¹³⁷ REYNAL REILLO, E., *Cuestiones actuales del consentimiento...*, op. cit. p. 129.

¹³⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm 10 bis, 2019, p. 525.

información, a causa de su estado físico o psíquico, como menciona Alventosa del Río, “está haciendo referencia al caso de incapacidad de carácter temporal”¹³⁹, en cuyo caso, se informará a las personas vinculadas a él por razones familiares o, de hecho. El que la ley permita que la información se comunique a los familiares, no significa que siempre se entienda que el paciente ha consentido tácitamente, es decir, los datos relativos al estado de salud del paciente, es información muy relevante de la esfera personal, por ello, no se puede revelar de forma indiscriminada a terceras personas, pudiendo llegar a vulnerar el derecho fundamental a la intimidad del artículo 18 CE¹⁴⁰. Por lo que no se puede perder de vista que el único y principal sujeto de la información, y así lo ha determinado el Tribunal Supremo, en la STS de 11 de abril de 2013¹⁴¹ “*La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa si no él quien, a través de la información que recibe, el que adopta la solución más favorable a sus intereses*”.

También hay otros supuestos de limitación al derecho de información, como el supuesto del artículo 5.4 LAP, que hace referencia a la necesidad terapéutica, o el diagnóstico fatal del artículo 9.1 LAP.

En lo que respecta al contenido del derecho de información, el artículo 3 de la Ley 41/2002 conceptualiza la información clínica, siendo ésta “*todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla y mejorarla o recuperarla*”, el legislador utiliza un concepto totalmente amplio para referirse a la información que debe ser prestada por el médico, debido a que el paciente solo es capaz de otorgar su consentimiento si es conocedor previamente de todos los extremos de la operación que va a ser llevada a cabo. Ya que de no existir dicha información o si ésta estuviera viciada o fuera escasa, aun cuando el paciente hubiera prestado el consentimiento, este sería nulo y carecería de validez al estar igualmente viciado¹⁴².

El contenido de la información se complementa con el artículo 4.1 ley 41/2002, que señala, que debe abarcar, la finalidad de la intervención, la naturaleza, sus riesgos y

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ ORTIZ FERNÁNDEZ, M, “El consentimiento informado...”, op. cit. p. 200.

¹⁴¹ STS 199/2013, de 11 de abril de 2013.

¹⁴² ORTIZ FERNÁNDEZ, M, “El consentimiento informado en la ley 41/2002 y en las diferentes normativas autonómicas”, *El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales*. Dykinson, Madrid, 2021, pp. 183-184.

consecuencias. Por su parte, el artículo 10 del mismo texto normativo, recoge la información básica necesaria que se ha de proporcionar al paciente en el caso de que el consentimiento tenga que ser prestado por escrito, cuando se trate de una intervención que entraña un grave riesgo para la salud (incluyendo las consecuencias relevantes, los riesgos relaciones, la importancia de la intervención, así como los riesgos probables)¹⁴³.

No es suficiente con que se comuniquen la información, sino que ésta ha de ser objetiva, veraz, completa y adecuada, es decir, que sea verdadera y se comuniquen de forma comprensible y adecuada a las necesidades del paciente, con el objetivo de que le ayude a tomar decisiones libre y voluntariamente¹⁴⁴. Ello implica que se ha de adaptar tanto para que el paciente la comprenda plenamente de acuerdo con su edad y circunstancias personales como para el tipo de intervención que va a ser realizada. La Jurisprudencia ha matizado que la información también ha de incluir todos aquellos datos que sean de relevancia para construir su opinión en orden a prestar o rechazar el consentimiento a que sea realizada la intervención.¹⁴⁵

Es decir, que se puede considerar que no se ha cumplido por parte del facultativo el deber de información, aún cuando se hubiera facilitado una información excesiva, ya que para que el paciente tome una decisión voluntaria y libre debe contar con la información necesaria y relevante, la cual generalmente engloba el diagnóstico y el tratamiento que se vaya a realizar, así como las consecuencias seguras, riesgos típicos y riesgos personalizados de la intervención¹⁴⁶.

Se debe incluir la apreciación del carácter disponible que tiene este derecho, es decir, la persona es libre para decidir a no ser informado. Es, por tanto, un derecho que se puede ejercitar bien de forma activa, bien de forma pasiva. Aunque con el límite contemplado en el artículo 9.1 Ley 41/2002, siempre que esa decisión no afecte a la salud del propio paciente, la de terceros o de la colectividad¹⁴⁷.

En último término, hacer referencia a un supuesto un tanto paradójico, que es el caso de los menores no emancipados con dieciséis años. En principio en aplicación del artículo 5.2, es titular del derecho de información, pero de forma conjunta se debería

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ REYNAL REILLO, E., Cuestiones actuales del consentimiento..., op. cit. p. 171.

¹⁴⁵ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *Patria potestad, minoría de edad...*, op. cit. p. 92.

¹⁴⁶ ROVIRA, A., *Autonomía personal y tratamiento médico...*, op. cit, pp. 153-158.

¹⁴⁷ ORTIZ FERNÁNDEZ, M., "El consentimiento informado...", op. cit. p. 207.

informar a las personas que ostentan la representación legal. Sin embargo, si conjugamos este precepto con el artículo 9.3 Ley 41/2002, da el mismo tratamiento a los menores no emancipados de 16 años, que a los menores emancipados, pudiendo ambos prestar el consentimiento de forma personal, sin que quepa mediante representación.

Ambos preceptos son en parte contradictorios, ya que uno reconoce la plena autonomía del menor, sin la intervención de los representantes legales, mientras que el otro establece la obligación de informar a éstos, incluso el artículo 9.3 Ley 41/2002, reconoce la información a los familiares solo en casos de situación de riesgo. La doctrina ha interpretado que al ser el menor no emancipado de 16 años, en el ámbito sanitario, equiparado al menor emancipado, en principio, solo se informaría al primero, pudiendo informar a los familiares previa autorización del paciente¹⁴⁸.

5.2.2. El consentimiento informado del menor, supuestos prácticos.

Como se ha hecho referencia en diversas ocasiones, el menor cuenta con la capacidad de obrar limitada, estableciendo el legislador unos supuestos de protección del menor en el ámbito sanitario, respetando en todo momento el carácter progresivo y gradual de dicha capacidad. Por ello, el Ordenamiento Jurídico español ha escogido un criterio puramente objetivo, para la determinación de la capacidad para prestar el consentimiento del menor cuyo único criterio es la edad de la persona¹⁴⁹ a raíz del cual, crea diferentes tramos de edades a los que asigna una determinada capacidad a los sujetos. Esta estructura se complementa a su vez, con un sistema de excepciones establecidas para proporcionar una mayor protección al menor, respetando en todo momento su autonomía, dignidad y personalidad.

De esta forma, la Ley 41/2002 configura la mayoría de edad legal en el ámbito de la salud en los dieciséis años, cuyos efectos y significación jurídica, se constituyen como si de la mayoría de edad civil se tratase¹⁵⁰, como se desprende del artículo 9.4 LAP. Por lo que, en el ámbito sanitario, cuando el menor está en una situación de emancipación o tiene los dieciséis años cumplidos, el legislador equipara ambos estados civiles y construye una presunción iuris tantum de que cuenta con la capacidad de obrar

¹⁴⁸Ibidem

¹⁴⁹ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El menor un paciente...”, op. cit. p. 292.

¹⁵⁰ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., “La autonomía del paciente...”, op. cit. p. 96.

necesaria como para prestar el consentimiento informado, y ser consecuente con los riesgos de la intervención médica que se le vaya a realizar. Así lo menciona Del Campo Álvarez, “el menor emancipado o mayor de dieciséis años, tiene la plena capacidad y autonomía para decidir en relación con su propia salud, con una salvedad, la existencia de una actuación de grave riesgo para la vida”¹⁵¹. En cuyo caso, el consentimiento deberá ser prestado por el representante legal del menor, con audiencia suya y conocimiento de su opinión. La equiparación de ambas situaciones, ha sido criticada por algunos autores, como es el caso del mismo Del campo Álvarez, que considera que entraña importantes riesgos y “desvirtuaría la figura de la emancipación, tal y como siempre se ha concebido en nuestro ordenamiento, y provocaría en último término, problemas prácticos de difícil solución”¹⁵². Todo este planteamiento, da lugar a la denominada como teoría del “menor maduro”.

En contrapartida, también se configura respecto del menor de doce años, una presunción iuris tantum, de falta de capacidad, aunque sí que se tiene en cuenta su opinión¹⁵³. Por otro lado, también se reconoce la prohibición del consentimiento por representación cuando se trate de un menor emancipado, no incapaz, o con dieciséis años, salvo en los supuestos de extrema gravedad, que se deberá informar a los padres y su opinión será tenida en cuenta (artículo 9.3 c) Ley 41/2002.

Sin embargo, la mayoría de edad de los dieciséis años no es absoluta. La norma contempla supuestos en los que el menor que no sea capaz intelectualmente de comprender efectivamente la intervención a la que va a ser sometido, el consentimiento deba ser prestado por los representantes legales, teniéndose, en todo caso, en cuenta la valoración del menor, si tiene los doce años recién cumplidos, así como lo dispone el artículo 9.3 c) Ley 41/2002¹⁵⁴.

En este sentido, como pone de manifiesto Bartolomé Tutor, se puede hablar de “dos tipos de mayorías de edades sanitarias, la simple, que comienza a los dieciséis años y la cualificada, a partir de los dieciocho años, pudiendo, a su vez, diferenciar tres etapas dentro de la minoría de edad (por un lado, menores de doce años, de entre doce y

¹⁵¹ DEL CAMPO ÁLVAREZ, B., “El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm 8, 2018, p. 218.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ BLASCO IGUAL, M.C, “El consentimiento informado...”, op. cit. p. 37.

¹⁵⁴ ALVENTOSA DEL RÍO, J “El consentimiento del menor...”, op. cit. p. 271.

dieciséis años y mayores de dieciséis)”¹⁵⁵. Debido, a la casuística que el consentimiento del menor presenta en la práctica, sobre todo el tramo de edad entre los doce y dieciséis años, se procede a desarrollar, cada uno de los supuestos contemplados por la ley, en función de la edad del paciente.

5.2.3 El consentimiento informado del menor emancipado.

A partir de la regulación establecida en el artículo 9.3 c) Ley 41/2002 “*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.*”. Si se realiza una interpretación *a sensu contrario* del artículo 154 Código Civil, los menores emancipados no están sujetos a la patria potestad de sus progenitores. Por lo que tienen plena libertad para tomar decisiones de forma independiente y autónoma, sin la necesidad de autorización por parte de los tutores o personas titulares de la patria potestad, ya que no se encuentran sometidos a su representación legal¹⁵⁶.

Por lo tanto, la regla general es que los menores emancipados, son titulares únicos y exclusivos tanto de prestar el consentimiento, como de recibir la información necesaria, al igual que lo son los mayores de edad. A pesar de ello, el legislador ha contemplado una serie de limitaciones a este tipo de consentimiento, permitiendo la realización de intervenciones quirúrgicas prescindiendo del consentimiento del paciente, supuestos regulados en el artículo 9.2 a) y b) Ley 41/2002. Es decir, bien cuando exista una cuestión de salud pública por cuestiones establecidas por la ley, o bien cuando esté en grave riesgo la integridad física o psíquica del paciente y no sea posible obtener su consentimiento, procediéndose a consultar con sus familiares.

Por otro lado, el legislador, también contempla que el consentimiento podrá ser otorgado por los representantes legales o, en su defecto, por los familiares o allegados, cuando el médico o facultativo, observe que el menor, aun siendo emancipado o mayor de edad, no se encuentra en una situación psíquica y mental adecuada como para tomar decisiones (Artículo 9.3 a) Ley 41/2002).

¹⁵⁵ BARTOLOMÉ TUTOR, A., *El reconocimiento de los menores...*, op. cit. p. 378.

¹⁵⁶ *Ibidem*

Se puede concluir, por tanto, que los mayores de edad y los menores emancipados, así como los menores mayores de dieciséis años, pueden prestar el consentimiento de forma autónoma, siempre y cuando no estén inmersos en alguna de las situaciones de los apartados a) y b) del artículo 9.3 Ley 41/2002, que se prestará por representación¹⁵⁷. Regulación, que es acorde con el artículo 323,2 CC, que, como menciona Alventosa del Río, “la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor”¹⁵⁸.

En cuanto a quién debe llevar a cabo la valoración de la capacidad de obrar y estados físico y psíquico del paciente, una opción, podría ser que fueran los representantes o padres, sin embargo, no parece la solución más acertada, debido a la subjetividad y al posible conflicto de intereses que se puede dar entre los padres y los hijos, lo que podría suponer un agravamiento del problema¹⁵⁹. el legislador establece que es el propio médico, lo que guarda más lógica, ya que es el que primeramente tiene contacto directo con el sujeto mayor o menor de edad, pero en defecto de aquel, será el Juez quien determine la efectiva capacidad, teniendo en cuenta la valoración objetiva del médico y del Ministerio Fiscal¹⁶⁰. Este planteamiento, de que el médico sea el que lleve a cabo la valoración, ha sido criticado, ya que ello exige que éste sea conocedor del panorama legal existente en cuanto al menor y el consentimiento, lo que en la mayoría de las ocasiones no es así¹⁶¹. Otra opción, podría ser que fueran los representantes o padres.

5.2.4 El consentimiento del menor no emancipado.

Con arreglo al previamente mencionado artículo 154 Código Civil “*Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores*”, por lo que según se desprende de este precepto, los menores no emancipados, van a quedar sujetos a la autorización de sus progenitores, para la realización de ciertos negocios jurídicos, los

¹⁵⁷ ORTIZ FERNÁNDEZ, M, “El consentimiento informado...”, op. cit. p. 250.

¹⁵⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Consentimiento informado del...”, op. cit. p. 525.

¹⁵⁹ DEL CAMPO ÁLVAREZ, B., “El consentimiento informado...”, op. cit. p. 223.

¹⁶⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ C., “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 963.

¹⁶¹ ALVENTOSA DEL RÍO, J “El consentimiento del menor...”, op. cit. pp. 277.

cuales, en todo caso, han de velar y salvaguardar la integridad física y moral de los hijos, así como respetar el interés de estos.

En el ámbito sanitario, no existe una regulación unificada que englobe a todos los menores no emancipados, sino que el legislador, hace dos grandes grupos, diferenciándolos por edades asignándole a cada uno de ellos una situación jurídica determinada. Por un lado, se encuentran los menores no emancipados mayores de 16 años y, por otro lado, los menores no emancipados menores de 16 años.

a) El menor no emancipado mayor de 16 años.

El artículo 9.3 c) párrafo segundo Ley 41/2002, establece que la situación jurídica del menor mayor de dieciséis años es la misma que si de un menor emancipado se tratase, reconociendo que, en ambos casos, no cabe de ninguna manera otorgar el consentimiento por representación. De esta forma, todo el régimen jurídico de los menores emancipados previamente mencionado es aplicable a estos sujetos. Consecuentemente, siempre y cuando el menor, no presente ninguna circunstancia psíquica o mental que no le permita comprender la intervención que se le vaya a realizar, aquel será el pleno titular para prestar el consentimiento, así como para recibir la información adecuada, por parte del facultativo, solo pudiéndosela comunicar a los familiares cuando el menor lo autorice.

Este planteamiento, surge de la doctrina del “menor maduro”, que se fundamenta, como apunta Del Río Sánchez, “ en la consideración de que los derechos de personalidad, a los que hay que añadir los derechos fundamentales de los que es titular, pueden ser ejercidos desde el mismo momento que la persona es suficientemente madura y eso puede suceder mucho antes de los dieciocho años o, dicho de otra forma, se reconoce la existencia de determinados derechos en los niños en función del nivel de madurez observado”¹⁶². Esta es la situación que en la práctica genera más controversias, en primer lugar, la determinación de cuando el menor cuenta con la capacidad intelectual y emocional necesaria, para comprender el alcance de la intervención.

Autores como Del Campo Álvarez considera que, “es el proceso médico, al que el menor tiene que someterse, el eje en torno a lo que debe girar su capacidad para entenderlo y tomar una decisión. No todas las situaciones médicas son iguales ni

¹⁶² DEL RÍO SÁNCHEZ, C., “El consentimiento informado en menores y adolescentes: contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas”, *Información psicológica*, núm extra 100, 2010, p. 64.

requieren el mismo nivel intelectual para conocer sus pormenores y riesgos”¹⁶³. Con este concepto, se consigue adaptar las circunstancias concurrentes del caso concreto a la madurez del menor, independientemente de la edad que tenga. En este sentido se posiciona Bartolomé Tutor que defiende que “este concepto muestra que la determinación de la capacidad de un menor no es un acto mecánico, sino un ejercicio de competencia profesional y conocimiento de las diferentes variables que inciden en la estimación y valoración de un menor concreto, con independencia de su proximidad o lejanía a la frontera formal de la madurez legal”¹⁶⁴. Sin embargo, la misma autora considera que se trata de un concepto variable ya que “el menor maduro adquiere esa calificación de madurez y, por tanto, es competente o capaz en lo jurídico, únicamente para el ámbito o acto concreto para el que ha sido sometido al examen de entendimiento concreto. Por ello, serán precisos tantos exámenes de madurez como consentimientos debiera emitir”¹⁶⁵.

No hay que olvidar que a pesar de que, en el ámbito sanitario, se le reconozca una completa y libre autonomía, ello no implica que esa situación jurídica sea aplicable de forma análoga al ámbito civil, donde el menor mayor de dieciséis años, sigue contando con una capacidad de obrar limitada y sometido tanto a la patria potestad como a la autoridad de sus progenitores¹⁶⁶.

El legislador ha pretendido encontrar un equilibrio entre la autonomía e independencia de los menores mayores de dieciséis años maduros y la labor de tutela de los progenitores, a través de la presunción de que los primeros cuentan con la madurez necesaria, como para tomar decisiones que afecten a largo plazo a su integridad física.

Sin embargo, este punto de vista que adopta el legislador ha sido cuestionado por la doctrina, porque el hecho de que no exista una obligación por parte del médico, de comunicar la intervención a los familiares, salvo que exista un grave riesgo para la integridad física del menor. Entraña en la realidad diversos conflictos, hasta el punto de que esta situación puede llegar a interferir en la posición que ostentan los progenitores de figuras garantes de la salud e integridad de los hijos, debido a que pueden no conocer la intervención, si el menor no da la autorización para ello.

¹⁶³ DEL CAMPO ÁLVAREZ, B., “El consentimiento informado...”, op. cit. p. 221.

¹⁶⁴ BARTOLOMÉ TUTOR, A., *El reconocimiento de los menores...*, op. cit. p. 372.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ ALVENTOSA DEL RÍO, J., “El consentimiento del menor...”, op. cit. p. 272.

b) El menor no emancipado menor de 16 años.

A este grupo de pacientes, se refiere el artículo 9.3 c) párrafo primero “*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*”.

De esta forma, se concluye que el consentimiento de los menores de dieciséis años ha de ser prestado en todo caso, mediante representación, aunque en el caso de que tenga doce años, se tendrá en cuenta su opinión, con arreglo al derecho de los menores a ser oídos, contemplado en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor. Pero el consentimiento, en último término, será otorgado por los representantes legales. Ello no implica que el médico no le proporcione la información al menor, que se hará en todo caso, en un lenguaje adaptado y adecuado a su edad y madurez¹⁶⁷, ya que esta es la única forma por la que el menor, puede dar su opinión, si previamente se le ha informado¹⁶⁸.

A pesar de que el consentimiento haya de ser otorgado por los representantes legales, éstos no son totalmente libres, ya que están limitados y deben adoptar las decisiones que le reporten un mayor beneficio a los hijos y actuar siempre respetando el interés del representado.¹⁶⁹ Así como lo regula el artículo 9.5 ley 41/2002 “*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*.”. Por lo que, aunque el consentimiento no sea prestado de forma directa por el menor, al restringir en cierta medida el ámbito de actuación de los representantes, ello se traduce en que, indirectamente, el legislador intenta proteger la independencia y autonomía del menor, evitando actuaciones despóticas por parte de los progenitores.

Por otro lado, hacer referencia a que, a pesar de que la legislación reconoce la obligación de tener en cuenta la opinión del menor que tenga doce años cumplidos, no especifica cuál es el valor que se ha de dar a esa opinión, o hasta qué punto va a influenciar o vincular al facultativo. La ley es totalmente imprecisa y no aporta un criterio orientativo, lo que en numerosas ocasiones da lugar a conflictos, ya que pueden

¹⁶⁷ ALVENTOSA DEL RÍO, J., “El consentimiento del menor...”, op. cit. p. 274.

¹⁶⁸ BLASCO IGUAL, M.C., “El consentimiento informado...”, op. cit. p. 250.

¹⁶⁹ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El menor un paciente complicado...”, op. cit. p. 292.

no coincidir la opinión del menor respecto de la de los representantes legales. Por un lado, la opinión del menor se funda en base a su madurez, mientras que por otro lado el interés superior, protegido por los padres, se basa en los beneficios o riesgos que pueda tener la intervención médica¹⁷⁰.

Finalmente se debe tener en cuenta, que no es la misma representación legal la que ostentan los padres progenitores, titulares a su vez de la patria potestad de sus hijos, que la representación de los tutores o guardadores, es decir una tercera persona. El propio legislador, realiza esta diferenciación, ya que en el artículo 9, utiliza la rúbrica “representantes legales”, salvo en la excepción del apartado c) párrafo segundo, que hace una mención explícita a los “padres”¹⁷¹.

5.2.5 Críticas a la legislación del consentimiento del menor.

Tras haber expuesto el panorama legislativo existente sobre el consentimiento informado de los pacientes menores de edad, se puede concluir, que es en parte complejo, impreciso y contradictorio en algunos supuestos. Sobre todo, en lo que respecta al término “madurez del menor”, que es de gran relevancia, ya que el legislador considera que el instrumento que habilita al menor no emancipado de dieciséis años a otorgar de forma independiente el consentimiento es su grado de madurez, lo que encuentra su consonancia con el artículo 162 Código Civil, el cual permite al menor realizar actos concernientes a los derechos de la personalidad, de acuerdo con su madurez¹⁷². “Madurez, que ha de valorarse por el personal especializado, teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso”¹⁷³.

El núcleo del debate se encuentra en el criterio para determinar la capacidad tanto intelectual como emocional que poseen los menores no emancipados mayores de dieciséis años para comprender la intervención. La doctrina, ha intentado conceptualizar el término “suficiente grado de madurez”, estableciendo que ello implica el conocimiento de los derechos que se ejercitan, así como de los efectos y consecuencias de su ejercicio. Sin embargo, el legislador también ofrece una posible definición del

¹⁷⁰ BLASCO IGUAL, M.C., “El consentimiento informado...”, op. cit. p. 250.

¹⁷¹ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El menor un paciente complicado...”, op. cit. 293.

¹⁷² ALVENTOSA DEL RÍO, J., “El consentimiento del menor...”, op. cit. p. 276.

¹⁷³ BLASCO IGUAL, M.C., “El consentimiento informado...”, op. cit. p. 251.

concepto, como se puede observar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Decreto 49/2009 de la Junta de Andalucía, regulador de la protección del menor en la realización de intervenciones de cirugía estética. En el artículo 2 de dicho texto legal define “madurez psicológica” *“desarrollo suficiente de la capacidad intelectual y volitiva de la personalidad, que le permite la toma de decisiones con un conocimiento apropiado de su fundamento, una previsión razonable de sus consecuencias y una asunción lógica de las mismas, de forma adecuada al contexto”*.

En cuanto a la valoración de la madurez del menor, la legislación no establece ningún protocolo oficial que se haya de seguir. El mencionado Decreto de la Junta de Andalucía, contempla la necesidad de la realización de un examen psicológico. Sin embargo, el legislador nacional, se ha decantado por la presunción *iuris tantum* de que el menor no emancipado de dieciséis años, ya ostenta un grado de madurez suficiente (quedando a criterio del facultativo observar tal circunstancia). Aunque un sector doctrinal mayoritario apuesta que lo más adecuado sería llevar a cabo la valoración de forma individualizada y caso por caso, en función la persona, así como en proporción a la intervención que se vaya a realizar, ya que unas requieren de un mayor grado de comprensión y madurez que otras.¹⁷⁴

Otro punto del debate reside en el sujeto que ha de llevar a cabo la valoración de la madurez del paciente. Hay parte de la doctrina que sostiene que la valoración, ha de ser llevada a cabo por los padres o tutores legales, o en su defecto el Juez correspondiente. Sin embargo, es mayoritario el sector que considera que el procedimiento se debería realizar, íntegramente en el ámbito sanitario, por lo que sería el médico el responsable de llevarlo a cabo, y así lo recoge el artículo 3. 2 a) Ley 41/2002, que impone en el facultativo, la carga de valorar si el paciente no es capaz de tomar decisiones o si no cuenta con la capacidad física o psíquica suficiente.

Es cuestionable, por otro lado, el considerar que el consentimiento del menor no emancipado de dieciséis años sea válido, para la realización de una intervención quirúrgica. La doctrina igualmente se encuentra dividida.

Hay autores que consideran que cualquier menor no emancipado de dieciséis años que cuente con el grado de madurez suficiente, que le permita conocer el alcance del acto médico a realizar, puede prestar el consentimiento perfectamente de forma autónoma, en virtud del artículo 161. 1º Código Civil, así como el artículo 3.1 de la Ley

¹⁷⁴ ALVENTOSA DEL RÍO, J “El consentimiento del menor...”, op cit, pp. 277.

1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que fomentan la relevancia jurídica del menor¹⁷⁵. Sin embargo, otros autores, adoptan una postura contraria, interpretando que no hay ningún tipo de argumento habilitador, que permita que los menores no emancipados de dieciséis años presenten su consentimiento para la realización de intervenciones médicas, siendo por tanto pertinente la intervención de los representantes legales, lo cual no tiene mucho sentido, porque la propia Ley 41/2002 reconoce explícitamente el consentimiento por los menores de dieciséis años. Aunque, en cualquier caso, si existiera alguna duda para el médico que el menor no contara con la capacidad suficiente, en todo caso, podría consultar a los representantes legales y que fueran ellos los que prestaran el consentimiento¹⁷⁶.

La jurisprudencia española, no ha sido capaz de resolver de forma satisfactoria este dilema, aunque fue de gran relevancia el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002, referente al valor que puede tener la oposición del menor a la realización de un tratamiento médico. La sala, interpretó que la mencionada excepción del artículo 162.1º del Código Civil, no se puede aplicar extensivamente al deber de velar y cuidar del menor y de sus intereses, es decir, el reconocimiento de esta excepción, no legitima cualquier acto realizado por el menor que involucre el ejercicio de un derecho personal¹⁷⁷. Por lo que la intervención de los representantes legales en las decisiones de los menores es en ocasiones necesaria, ya que hay intervenciones médicas que entrañan un mayor riesgo para la integridad física o la vida del paciente, lo cual no se puede dejar simplemente al arbitrio del propio menor. Además de que los menores, adquieren una mayor perspectiva de peligrosidad, respecto de intervenciones a corto plazo que a largo plazo¹⁷⁸.

Cabe destacar que, Fiscalía General del Estado, sí que se ha pronunciado sobre la materia, aunque más encuadrada en el supuesto de las transfusiones de los Testigos de Jehová a través de la emisión de la Circular 1/2012 “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”. La Fiscalía, en primer lugar, hace referencia a que el consentimiento informado prestado por el menor tiene que modularse

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *Patria potestad, minoría de edad...*, op. cit. p. 109.

¹⁷⁷ STC 154/2002 de 28 de julio de 2002.

¹⁷⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, J., “El consentimiento del menor...”, op. cit. p. 278.

en función de la mayor gravedad de la operación, ya que al fin y al cabo se encuentra en un proceso de desarrollo cuya capacidad no es plena, por lo que no puede prevalecer su decisión si ello supone un riesgo para su integridad física¹⁷⁹, cuando éste se niegue a la práctica de una intervención médica, en tanto en cuanto, los representantes legales estén a favor, prevalecerá en todo caso, el criterio de los representantes, sobre el del menor, aunque si no fuera de urgencia, sería preferible consultar al Juez y que sea éste el que resolviera el caso concreto.

A la vista está, que la cuestión del “menor maduro”, genera numerosos problemas y debates en la práctica cuya resolución está abierta y no hay una solución correcta o adecuada. Por ello, es lógico el cuestionarse si el presente sistema puramente objetivo, dividido por tramos de edades, es el más adecuado. Pudiendo recurrir a un criterio subjetivo, en virtud del cual la capacidad que el menor ostentaría en el tráfico jurídico dependería de la madurez real de éste, con independencia de la edad, es decir, que en función del caso concreto el menor tendría o no la capacidad suficiente. Es cierto que la adopción de un criterio más objetivo aporta una mayor seguridad jurídica, sin embargo, en ocasiones puede generar un perjuicio para el menor, ya que el hecho de generalizar las capacidades por edades implica que las situaciones personales de los menores de una edad es la misma, lo cual no es cierto, ya que cada caso es totalmente particular, con unas características personales.

A pesar de que, con este criterio basado en la edad del paciente, el legislador, pretendía, en todo momento, armonizar la situación jurídica de menor en el ámbito sanitario, junto con la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor. En ocasiones, el presente régimen jurídico, es deficiente, ya que no refleja la realidad que se desenvuelve en la práctica del ámbito sanitario. Como es el caso que menciona García Rocha, del “menor de dieciséis años, pero todavía inmaduro, para decidir por sí mismo. Estamos ante una circunstancia en la que el menor posee la edad legal para prestar el consentimiento a una intervención sobre su persona, y sin embargo no es naturalmente capaz para hacerlo en ese momento”¹⁸⁰. No se trata, por tanto, de una incapacidad otorgada judicialmente, ni una discapacidad.

¹⁷⁹ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El menor un paciente complicado...”, op. cit. p. 296.

¹⁸⁰ GARCÍA ROCHA, M.P., “El reconocimiento efectivo del derecho del menor a decidir sobre su salud”, Revista de bioderecho.es, núm 2, 2015, p. 26.

Un criterio puramente objetivo, ignora las circunstancias personales de cada uno de los menores (contexto social, familiar, económico y cultural), por lo que el criterio de la edad no debería ser el imperante, sino que es igual de relevante el entorno que rodea al menor¹⁸¹. Ya que, el tener una edad no supone que automáticamente se adquiriera la capacidad necesaria como para tomar decisiones tan relevantes y ser consciente de asumir las consecuencias de esa elección, por lo que la edad, en numerosos supuestos, no equivale a la verdadera capacidad cognitiva y volitiva del menor¹⁸².

Por otro lado, los diferentes estudios empíricos, sobre el comportamiento del menor y la capacidad de obrar de los menores, concluyen que cuentan con una mayor capacidad de decisión y son más consecuentes, respecto de aquellas actuaciones que tienen consecuencias a corto plazo, pero no respecto de las que producen efectos a medio o largo plazo¹⁸³, por lo que el menor se rige por la inmediatez de los efectos que pueden producir las decisiones que adopta.

Por todo ello, parte de la doctrina, considera que el criterio objetivo se podría llegar a flexibilizar, hasta el punto de reconocer, por un lado, *ope legis* que los menores no emancipados mayores de dieciséis años pueden prestar el consentimiento de forma autónoma. Y, por otro lado, reconociendo la misma autonomía a cualquier menor de dieciséis años, que manifestara signos claros de madurez y siempre y cuando no estuviera en grave peligro su salud.

Por lo que, finalmente, se puede apreciar, que un sector de la doctrina discrepa respecto de la legislación vigente, considerando que lo más adecuado sería tener en cuenta los numerosos factores y circunstancias que rodean al menor y no simplemente la edad, que no deja de ser un número, no siendo indicativo de la madurez de una persona, la regla general es que así sea, pero no tiene por qué.

¹⁸¹ ORTIZ FERNÁNDEZ, M, “El consentimiento informado...”, op. cit. p. 252.

¹⁸² MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F “El menor un paciente complicado...”, op. cit. p. 296.

¹⁸³ Ibidem.

5.2.6 La teoría de la escala móvil.

Tras haber presentado el problema que existe respecto del criterio sumamente objetivo que sigue el legislador español, hay autores que han planteado una posible solución a través de la teoría de la escala móvil.

La escala móvil se construye como una corriente teórica que parte de la concepción de la capacidad como una línea continua, que va desde la capacidad total a la incapacidad total, y el punto de corte que determina la capacidad que una persona ostenta, se mueve en función de la complejidad de la decisión que se tiene que adoptar, por lo que el establecimiento de la capacidad de un sujeto es de carácter móvil. Esta teoría también es propuesta por Markova Ivanovna, estableciendo que “la capacidad del paciente se desplaza sobre una escala de competencia que oscila desde la incapacidad total hasta la capacidad total”¹⁸⁴.

La aplicación de la escala móvil se traduce en que un menor maduro, inicialmente tiene plena capacidad y autonomía de la voluntad, pero sin embargo ésta se ve restringida de forma progresiva según la intervención a la que se pretenda someter sea de mayor o menor gravedad o tenga efectos reversibles en la salud del menor. De esta forma, si por ejemplo, el menor maduro de dieciséis años, rechaza el tratamiento médico y ello puede afectar gravemente a su vida e integridad física o psíquica, en virtud de la escala móvil, la opinión del menor no sería tenida en cuenta, ya que primaría la salvaguarda de su vida e integridad, por lo que los deberes derivados de la patria potestad que ostentan los progenitores, sería superior a la autonomía del menor.

En este sentido, la escala móvil, prescinde de objetividad las edades de los pacientes menores de edad, acudiendo a un criterio más basado en el principio de proporcionalidad, para que se tenga en cuenta no solo el factor de la edad sino otros, como pueden ser la gravedad, irreparabilidad o consecuencia a medio/largo plazo. De este modo, el establecimiento de la capacidad de un menor de quince años se basaría en la edad y también en los mencionados elementos, que complementan la madurez del

¹⁸⁴ MARKOVA IVANOVNA, A.S., “El derecho de...”, op. cit. p.11.

menor, con el objetivo de compensar una decisión que a lo mejor ha tomado el menor, de forma poco pensada o meditada¹⁸⁵.

5.2.7 Situaciones de conflicto respecto de la toma de decisiones del menor.

En el momento de la toma de decisión y otorgamiento del consentimiento por parte del menor, pueden surgir discrepancias entre su decisión y la adoptada por los representantes legales o incluso la adoptada por el médico o facultativo. Ante estas situaciones es lógico preguntarse cuál es el interés que prevalece, si el del menor, el de los representantes legales o el del médico. Estos conflictos, no encuentran solución ni en la legislación nacional ni en la autonómica. Pero se pueden diferenciar varios supuestos.¹⁸⁶

a) Discrepancia entre la voluntad del menor y la de sus representantes.

En este caso, si el menor es mayor de dieciséis años, de acuerdo con la Ley 41/2002, la decisión, en último término, corresponde de forma íntegra al menor, quedando en todo caso abierta la posibilidad de acudir a la vía judicial para que sea el órgano jurisdiccional, el que determine el interés predominante.

Por otro lado, si se trata de un menor no emancipado menor de dieciséis años con madurez suficiente, en este caso, hay parte de la doctrina que considera que debería ser el médico, quien como ya se ha mencionado, es el último sujeto en determinar que el menor tiene la capacidad suficiente¹⁸⁷, por lo que sería también el encargado de resolver esta discrepancia, teniendo en cuenta la opinión del menor, sobre todo si es mayor de doce años según lo establece la Ley 41/2002. Aunque también quedaría disponible acudir a la vía judicial en virtud del artículo 158 Código Civil, pudiendo entrar en aplicación la excepción a la representación legal contemplada en el artículo 162.2º Código Civil, en el caso de que haya conflicto de intereses entre los padres y el hijo¹⁸⁸.

¹⁸⁵ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El menor un...”, op. cit. p. 304.

¹⁸⁶ ALVENTOSA DEL RÍO, J., “El consentimiento del menor...”, op. cit. p. 279.

¹⁸⁷ SANTOS MORÓ, M. J., “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 15, Madrid, 2011 p. 66.

¹⁸⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, J., “El consentimiento del menor...”, op. cit. p. 280.

En el caso de que la discrepancia surja entre uno de los progenitores frente al otro y el menor, lo que generalmente se da en los supuestos de separación o divorcio, se podría aplicar el artículo 156.2 CC, por el cual se acudiría al juez, para que fuera éste, quien, habiendo oído a los progenitores, así como al menor que fuera mayor de catorce años, atribuyera la facultad de decidir bien al padre o bien a la madre.

b) Discrepancia entre la voluntad coincidente del menor y de los padres y la del médico responsable.

En el caso, de que la voluntad del menor y la de los padres sea coincidente, en principio no habría conflicto alguno, pero en el caso de que el médico correspondiente, considere que la decisión adoptada por ambos puede causar un perjuicio al menor, pues le podría suponer un grave peligro para su salud. En este caso, también se puede acudir a la autoridad judicial, salvo que el supuesto de hecho de las excepciones del artículo 9.2 Ley 41/2002, que legitima al facultativo a intervenir sin consentimiento del paciente¹⁸⁹.

5.3 EL RECHAZO DEL TRATAMIENTO Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO.

La objeción de conciencia es definida por Llamazares Fernández como “una reacción individual ante una auténtica contradicción entre norma de conciencia y norma jurídica (de manera que una prohíbe lo que la otra tipifica como obligatorio), y no ante la mera discordancia por regular el Derecho imperativamente una conducta que la conciencia individual considera de libre decisión personal”¹⁹⁰. Por lo que entran en juego dos normas en conflicto, por un lado, una norma de conciencia (que es personal de cada sujeto) y una norma jurídica que es impuesta por el legislador, implicando su obligado cumplimiento por parte de los ciudadanos. Sin embargo, Llamazares Fernández también puntualiza, que “no cualquier tipo de contradicción con lo que hemos denominado conciencia, tiene esos efectos, sino sólo la contradicción con las ideas, creencias, valores y vivencias que constituyen el núcleo duro de la conciencia y que forman parte de la propia identidad personal como contenido esencial de la

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad...*, op. cit. p. 320.

misma”¹⁹¹. Por otro lado, Salcedo Hernández, considera la objeción de conciencia, como “aquella oposición del sujeto ante una obligación jurídica, previo análisis de la realidad social, la norma que incide sobre ella y el dictado de la propia conciencia, oposición que emana de un dictado interno del individuo producto de una valoración suprapersonal y al que el sujeto no puede renunciar sin dejar de ser él mismo”¹⁹². Según Ortega Gutiérrez, se pueden enumerar un total de cuatro elementos básicos que ha de tener el supuesto de hecho, para calificarse de objeción de conciencia.

En primer lugar, “la existencia de una norma jurídica con contenido que pueda afectar a las creencias religiosas o morales de los individuos cuyo cumplimiento no puede obviarse sin incurrir en sanción.

En segundo lugar, la existencia de un dictado inequívoco de la conciencia individual opuesto al mandado jurídico.

En tercer lugar, la ausencia en el Ordenamiento jurídico de normas que permitan diluir el conflicto entre la norma y la conciencia individual.

En cuarto y último lugar, la manifestación del propio sujeto sobre el conflicto surgido entre la norma y su conciencia”¹⁹³.

En el caso, de que estuviera ausente cualquier de estos elementos, no se podría hablar de un supuesto stricto sensu de objeción de conciencia.

En lo referente a la naturaleza jurídica el Tribunal Constitucional, a lo largo del devenir jurídico, ha adoptado diferentes posturas acerca de si encuadrarlo dentro de los derechos fundamentales o no. Inicialmente se le consideraba un derecho integrador de la libertad ideológica, interpretándolo como el “contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16 CE”¹⁹⁴. Sin embargo, al tratarse de un derecho que se encuentra constitucionalmente reconocido, en relación con el servicio militar (artículo 30 CE), posteriormente, en otros pronunciamientos, afirmó que “se trata pues de un derecho constitucional reconocido por la Norma Suprema en el art. 30.2 CE, protegido por el recurso de amparo, art. 53.2 CE, pero cuya relación con el

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² SALCEDO HERNÁNDEZ, J.S., “Objeción de Conciencia Sanitaria”, Derecho y Salud, *Estudios de Bioderecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 275.

¹⁹³ ORTEGA GUTIERREZ, D., “La objeción de conciencia en el ámbito sanitario”, *Revista de Derecho Político*, núm 45, 1999, p. 110.

¹⁹⁴ STC 58/1995, de 11 de abril, FJ. 14º, Aranzadi.

art. 16, no autoriza ni permite calificarlo de fundamental”¹⁹⁵. En este sentido, se refiere Moreno Díaz “así la STC 160/1987, afirma que el derecho de objeción de conciencia es un, derecho constitucionalmente reconocido, sin que la protección en amparo que el art. 53.2 CE en relación con el art. 30.2 CE, brindan al mismo pueda, de ningún modo entenderse como derivada de su condición de derecho fundamentales”¹⁹⁶. Por lo que el único elemento, que lo conecta con el núcleo de los derechos fundamentales, es la posibilidad de ser recurrido ante el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, se puede observar que actualmente, la objeción de conciencia no es un derecho que se circunscriba simplemente en el ámbito del servicio militar, sino que como señala Pérez Álvarez, “la objeción de conciencia es un derecho que trasciende más allá del supuesto contemplado expresamente en el art 30.2 CE la objeción de conciencia al servicio militar; debido a que se trata de una concreción de la libertad de conciencia de los ciudadanos, consagrada implícitamente en el art 16 CE, sin que de ello pueda deducirse que nos encontramos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad. Más bien se trata de un derecho derivado de aquella libertad, en el que se encuentra su fundamento constitucional, pese a que no ostenta la naturaleza jurídica de derecho fundamental de la que se beneficia aquella libertad pública”¹⁹⁷.

La objeción de conciencia se debe poner en relación con la denominada *interpositio legislatoris*. Con arreglo a ella se puede diferenciar entre, el reconocimiento de la objeción, desarrollo del derecho fundamental y regulación del ejercicio del derecho. Como apunta Llamazares Fernández, en este caso la *interpositio legislatoris* es la que se refiere a “la norma de desarrollo y aplicación sin que el derecho no puede desplegar toda su virtualidad o eficacia. Dado el carácter excepcional del derecho de objeción de conciencia, siempre será necesario ese reconocimiento explícito nominatim o no, en la Constitución o al menos en una ley, si la obligación a la que se objeta es de carácter general y de su cumplimiento depende la satisfacción de un derecho o interés de carácter general por ser su titular la misma comunidad”¹⁹⁸.

¹⁹⁵ STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ. 3º, Aranzadi.

¹⁹⁶ MORENO DÍAZ, J.M., *La objeción de conciencia en el ámbito de las prestaciones de servicio sanitarias*, Tecnos, Madrid, 2023, p. 32.

¹⁹⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, S., “Objeción de Conciencia del Personal Sanitario a Practicas Tratamientos Médicos”, *Libertad de Conciencia y Diversidad en la Sanidad Pública Española Contemporánea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 305-306.

¹⁹⁸ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad...*, op. cit. p. 328.

El Tribunal Constitucional, ha reconocido que la *interpositio legislatoris* no es una figura jurídica para el reconocimiento del derecho de objeción de conciencia, sino que su finalidad es la de “regular el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia”¹⁹⁹. Por lo que, como concluye Llamazares Fernández, “el derecho de objeción no es exigible sin ese reconocimiento constitucional o legal, pero sí lo es aún cuando no existan ley de desarrollo del derecho o regulación de su ejercicio. La norma de desarrollo y de aplicación es siempre necesaria para que el derecho despliegue toda su virtualidad, con independencia del tipo de norma en la que se impone la obligación”²⁰⁰.

De esta forma, el desarrollo del derecho constitucional se encuentra en diversos textos legales como, la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, la Ley Orgánica 1/2023, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, art. 19 bis, entre otras.

Este elenco normativo, conlleva a afirmar que no existe un derecho de objeción de conciencia de carácter general, así lo refleja el Tribunal Constitucional, “la objeción de conciencia con carácter general, es decir el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales, por resultar ese comportamiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido, ni cabe imaginar que lo estuviera, en nuestro derecho o en derecho alguno, pues significaría la negación de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto”²⁰¹.

En lo que se refiere a los sujetos de la objeción de conciencia, cabe destacar el eminente carácter individual que tiene este derecho, ya que se basa en las convicciones personales de cada una de las personas, pudiendo ser ejercitado por aquellas sobre las que recae un deber jurídico de hacer algo.

En este caso, nos centramos en el caso del paciente y su posible rechazo al tratamiento médico. En sede del consentimiento informado, es totalmente lícita, la posibilidad de que el paciente rehúse a la práctica de una intervención médica, en base al ejercicio del derecho de objeción de conciencia, siendo la resolución al conflicto por vía judicial. En el caso de que sea un adulto, mayor de edad el paciente, como se ha

¹⁹⁹ STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ. 3º, Aranzadi.

²⁰⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad...*, op. cit. p. 328.

²⁰¹ STC 160/1987, de 27 de octubre, Aranzadi.

mencionado, es pleno titular de su autonomía, así como de prestar el consentimiento informado, por lo que como reconoce Torres Gutiérrez, “doctrinalmente se ha argumentado que no cabe entender que, en el caso de un mayor de edad capaz objetor, la intervención de juez sea obligada”²⁰². Generalmente, se presenta la objeción de conciencia a ciertos tratamientos médicos, cuando entran en conflicto, el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa (el supuesto de los Testigos de Jehová, que posteriormente será desarrollado). En este sentido el Tribunal Constitucional considera que la dimensión externa de la libertad religiosa se configura como un “*agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”, cuyo reconocimiento se hace “con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales”²⁰³. Por lo que, el hecho de que un adulto rechazase un determinado tratamiento por sus convicciones religiosas, en principio no generaría mayores conflictos.

Por otro lado, surgen ciertos problemas, en los supuestos en los que es el menor el que rechaza un tratamiento médico, o son los padres objetores de conciencia. En estos casos, generalmente también, entran en conflicto el derecho de libertad religiosa y el derecho de integridad física del menor, es decir, los padres deciden no sobre su salud, sino respecto de la del menor.

En este sentido, en el caso de que sea una tercera persona la que decide por el menor Llamazares Fernández afirma que “no parece razonable que puedan decidir por él, en razón de sus propias convicciones religiosas, sus padres o representantes legales, ya que se trata de un derecho fundamental no susceptible de ejercicio por representación”²⁰⁴. Mientras que en el caso de que sea el propio menor el que rechaza la transfusión de sangre, el mismo autor reconoce que “el derecho puede ser ejercido directamente por su titular, el menor, si tiene la madurez suficiente, debidamente informado. En el caso de menores o incapaces sin la suficiente madurez de juicio deberá ser el juez quien decida a solicitud del médico”²⁰⁵.

²⁰² TORRES GUTIERREZ, A., “Objeción de Conciencia a las Transfusiones de Sangre por los Testigos de Jehová”, *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, coordinador José Francisco Alenza García, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 451.

²⁰³ STC 154/2002, de 28 de julio, FJ. 6º, Aranzadi.

²⁰⁴ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad...*, op. cit. p. 364.

²⁰⁵ *Ibidem*.

Otros autores como Díaz Muñoz consideran que “no puede extenderse la tutela de la libertad religiosa cuando la salud ajena perjudicada es la de un incapaz o un menor sujeto a patria potestad”²⁰⁶. Proponiendo que en este caso “los poderes públicos deberían suplantar, en virtud del orden público y la protección de los derechos de los demás, la autoridad paterna y adoptar las medidas necesarias para la protección de la vida o la salud amenazada”²⁰⁷.

Por lo que, la objeción de conciencia puede ceder cuando en aplicación del test de proporcionalidad, el derecho a la vida o a la integridad física del menor, pueda verse vulnerada. En este sentido, García Sedano interpreta que la eficacia de la objeción de conciencia “vendrá condicionada por la verificación de si en el juego de los límites establecidos por el marco constitucional no se lesiona un bien de mayor protección”²⁰⁸.

Como ya se ha señalado, el artículo 3 c) LAP, reconoce que el consentimiento debe ser otorgado por representación, cuando el menor de edad carezca de la suficiente capacidad intelectual. Por lo que en principio como refiere Jericó Ojer “habrá que respetarse la voluntad del menor en aquellos casos en los que reúna condiciones de madurez suficientes”²⁰⁹. Lo que se traduce, en que el menor objetor de conciencia debe ser plenamente respetado, siempre que cuente con la madurez necesaria para asumir las consecuencias de la decisión adoptada. Sin embargo, la polémica nace cuando la única alternativa viable para la salud del menor es un tratamiento médico, al que los representantes se niegan. Siendo el juez, quien en estos supuestos es el encargado de proporcionar una solución. Por todo ello, Alba Bermúdez concluye que, “el menor que requiere asistencia médica y manifiesta una objeción de conciencia será en primera instancia el médico que le asiste quien deba determinar el grado de madurez del menor”²¹⁰.

²⁰⁶ DÍAZ MUÑOZ, O., “La objeción de conciencia del menor en los tratamientos médicos”, *Derecho PUCP: Revista de la facultad de derecho*, núm 56, 2003, p. 867.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ GARCÍA SEDANO, T., “La objeción de conciencia”, *Revista de investigación e innovación educativa*, núm 11, 2015, p. 58.

²⁰⁹ JERICÓ OJER, L., “Consentimiento Informado, Actuación Médica y Derecho Penal”, *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, coordinador José Francisco Alenza García, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 451.

²¹⁰ ALBA BERMÚDEZ, J.M., *La objeción de conciencia en el ámbito sanitario: especial referencia a la legislación ecuatoriana*, Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2017, tesis doctoral, p. 225.

6. ESPECIAL REFERENCIA A LAS TRANSFUSIONES DE SANGRE.

6.1 LAS TRANSFUSIONES DE SANGRE Y EL ESPECIAL CASO CON LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ.

La configuración del derecho a salud como un principio rector, en el artículo 43.1 CE, supone que los poderes públicos son los garantes de dicho derecho, a través de la prestación de los servicios sanitarios necesarios. Esta configuración, hace necesario tratar el supuesto de un grupo religioso que rechaza la práctica de diversos tratamientos por motivo de sus creencias religiosas. Éstos son concretamente los Testigos de Jehová, que rehúsan el someterse a transfusiones de sangre. Así lo manifiesta Castro Jover, “son conocidas las dificultades que tienen los miembros de esta confesión religiosa para hacer efectivo el ejercicio de este derecho fundamental. Dificultades que vienen determinadas, en el caso extremo, por la imposición en contra de su voluntad de transfusión de sangre, previa solicitud por el médico de la autorización del juez”²¹¹.

El fundamento por el que los Testigos de Jehová rechaza la práctica de las transfusiones de sangre, reside en el Antiguo Testamento, en el que se prohibía al pueblo de Dios, alimentarse a través de sangre humana, al considerar que en ella reside la vida, la cual solo puede ser otorgada por Dios, lo cual es interpretado de forma extensiva por los Testigos, rehusando, por tanto, cualquier vía alternativa de recepción de sangre²¹².

En estas situaciones entran en juego dos bienes jurídicos de carácter personalísimo, por un lado, el derecho de libertad religiosa (art. 16 CE) y el derecho a la integridad física del paciente (art. 15 CE). Para abordar este conflicto, Seoane acude, por un lado, al art 3 de la LO 7/1980, de Libertad Religiosa, que establece como límite la salud de las personas y el orden público, determinando que “la protección de la vida y la salud de las personas prevalecería sobre la libertad religiosa y la facultad de

²¹¹ CASTRO JOVER, A. “Asistencia Sanitaria y Libertad Religiosa, Un Supuesto de Denegación de Reintegro de Gastos Médicos a los Testigos de Jehová”, *Escritos Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guillarte*, Diputación de Castellón. Facultad de Derecho de la Universitat de Jaume I y de la Universidad de Valencia, Valencia, 1999, p. 211.

²¹² VIDAL GALLARDO, M., “Libertad de conciencia y derecho a la asistencia sanitaria pública”, *Revista telemática stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2009, p. 2.

autodeterminación en relación con dicha vida y dicha salud”²¹³. Sin embargo, el Tribunal Constitucional difiere de este criterio ya que por un lado considera que cualquier “asistencia médica coactiva, constituirá una limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional”²¹⁴. En este sentido, también se posiciona Vidal Gallardo, considerado que, “la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre, solicitando un tratamiento alternativo, no puede considerarse contraria a la seguridad pública, ni al orden público, la salud o a la moral, ni a la protección de los derechos y libertades de los demás, cuando es el propio enfermo quien, de forma voluntaria y consciente, decide rechazar la transfusión de sangre”²¹⁵. También, Barcia-Lehmann y Rivera-Restrepo, manifiestan que en el caso de ser un adulto maduro el paciente “actualmente la doctrina señala que la negativa de los adultos a una transfusión de sangre por motivos religiosos no atenta contra el derecho de los demás, ni las buenas costumbres o los intereses generales”²¹⁶.

Además, a parte de la salud del paciente, el Tribunal Constitucional, introduce otro criterio limitativo que es el de la *lex artis*, considerando que la transfusión de sangre se configura como, “un remedio cuya utilización, por pertenecer a la *lex artis* del ejercicio de la profesión médica, sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas que en cada caso se presenten y se consideren necesarias para solventarlo”²¹⁷. De esta forma, se afirma que la técnica de las transfusiones de sangre es una práctica que se inserta dentro de la *lex artis* que debe seguir rigurosamente el personal sanitario.

Sin embargo, Seoane, también contempla, la posibilidad que de haya que adoptar una posición contraria a la expuesta, realizando una interpretación “a favor de la libertad religiosa y de conciencia, así como la autodeterminación y el derecho al rechazo del tratamiento del paciente Testigo de Jehová en relación su vida y salud”²¹⁸. Sosteniendo diversos argumentos como son, la modificación del sistema jurídico en el ámbito de la

²¹³ SEOANE, J.A., “El perímetro de la objeción de conciencia médica. A propósito del rechazo de la transfusión de sangres por un paciente testigo de jehová”, *Revista para el análisis del derecho*, núm 9, 2009, p. 8.

²¹⁴ STC 120/1990, de 27 de junio, FJ. 2º, Aranzadi

²¹⁵ VIDAL GALLARDO, M., “Libertad de conciencia...”, op. cit. p. 2.

²¹⁶ BARCIA-LEHMANN, R Y RIVERA RESTREPO, J.M., “La negativa a recibir una transfusión de sangre por motivos religiosos en los menores de edad en España”, *Jurídicas*, núm 19, 2022, p. 118.

²¹⁷ STC 166/1996, de 28 de octubre, FJ. 3º, Aranzadi.

²¹⁸ SEOANE, J.A., “El perímetro de la objeción...”, op.cit, p. 8.

sanidad, que refuerza el valor de la autonomía del paciente, los cambios jurisprudenciales tras la STC 154/2002 de 18 de julio, o la superación de la interpretación de la *lex artis*²¹⁹.

6.1.1 Marco jurídico que ampara al paciente Testigo de Jehová.

El principal de los argumentos que ampara el rechazo a las transfusiones de sangre por el Testigo de Jehová es sin duda la institución de la autonomía del paciente. En este sentido, se refiere Pérez Treviño, “la negativa del testigo de Jehová, a ser objeto de transfusión sanguínea tiende a aceptarse que tiene derecho a tal rechazo, aun cuando aquella sea necesaria para la conservación de la salud. A la inversa, el médico carece de justificación para imponer su propia concepción al enfermo obligándole a realizar la transfusión”²²⁰.

Treviño, también señala que otro de los fundamentos que protege al Testigo de Jehová, es la autonomía del paciente, interpretando que “la competencia del paciente a rechazar un tratamiento necesario es ineludible para la preservación de su vida, constituye un aspecto central de su derecho a adoptar decisiones sobre su propia salud”²²¹.

El artículo 2 de la LAP, enumera un grupo de derechos que se le reconocen al paciente, garantizando, en primer lugar, el respeto, en todo caso, de la dignidad humana, la autonomía de la voluntad e intimidad del paciente. Por lo que, en principio, como se desprende de dicho artículo, el Testigo de Jehová, está totalmente legitimado a actuar con arreglo a sus creencias religiosas y, por ende, a rechazar la transfusión de sangre. Decisión que debe ser respetada por el profesional sanitario, hasta las últimas consecuencias, aun cuando esté en peligro la vida de la persona²²².

Sin embargo, se ha discutido por la doctrina, si efectivamente el supuesto de la negativa de las transfusiones de sangre se puede circunscribir dentro de la objeción de conciencia, de acuerdo con las características previamente mencionadas o si, por el contrario, no deja de ser una manifestación del consentimiento informado y de la

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ PÉREZ TREVIÑO, J.L., “Testigos de Jehová: entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado”, *Revista para el análisis del derecho*, núm 2, 2010, p. 8.

²²¹ Ibidem.

²²² VIDAL GALLARDO, M., “Libertad de conciencia...”, op. cit, p. 8.

autonomía del paciente. Concluyendo, que lo que realmente existe en estos supuestos es una denominada como objeción impropia. En este sentido, se posiciona Llamazares Fernández, que considera que “se trata de supuestos no subsumibles, sin más, en el tipo general de objeción de conciencia. Aquí la contradicción no se da entre una norma jurídica que obligue a hacer algo y la norma de conciencia. La norma jurídica obliga a una tercera persona (el médico) a hacer algo en contra de la conciencia del sujeto paciente de esa acción. La contradicción, por tanto, se da entre esa norma jurídica que obliga al médico y la norma de conciencia del paciente, que le prohíbe recibir ese tratamiento y lo que evidentemente queda seriamente comprometido es el principio general del consentimiento informado”²²³. De forma que, si él médico atiende a la obligación, y realiza la transfusión podría llegar a incurrir en un delito de coacciones, pero sin embargo, si sigue la voluntad del paciente, podría desembocar en una situación grave para la vida del paciente, pudiendo responder el médico por un delito de omisión de socorro, en caso de muerte²²⁴.

Es, por tanto, el hecho de que no exista un deber genérico de los ciudadanos a que gocen de una buena salud, lo que implica que no se pueda hablar de una objeción de conciencia stricto sensu. Aunque, es cierto, que el texto constitucional, configura en el artículo 43.1 CE el derecho a la salud, pero bajo la rúbrica de los principios rectores que deben seguir los poderes públicos encargados de facilitar y proporcionar los medios sanitarios precisos, así como prestar los servicios necesarios para proteger la salud de la ciudadanía. Por lo que se trata más de un mandato hacia los poderes públicos, y no tanto como un deber de los ciudadanos a tener una buena salud.

Por todo ello, autores como Asensio Sánchez, concluyen que el consentimiento informado y la objeción de conciencia son dos realidades jurídicas totalmente diferentes, pero coincidentes en la finalidad de ambas, que es rechazar un tratamiento médico, pero una siendo informada por el derecho de libertad religiosa y otra por la autonomía del paciente²²⁵.

Otro supuesto, que genera conflicto en la práctica, los constituye la figura del menor, cuando son los padres los que en virtud del ejercicio de la representación, que

²²³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad...*, op. cit. p. 404.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., “Objeción del menor a los tratamientos médicos y pérdida de la posición de garantes de los padres: a propósito de la STC154/2002 de 18 de julio”, *Laicidad y Libertad Escritos jurídicos*, núm 11, 2011, 89.

les concede la patria potestad, son los objetores y rechazan que se realice la transfusión al menor. Aunque hay autores, que defienden que, en todo caso, al tratarse de un derecho de carácter personalísimo, se encuadraría dentro del art 162.1 CC, por lo que no cabría la representación, sino el ejercicio autónomo por el menor, así, como se ha mencionado previamente, se posiciona Llamazares Fernández, que considera que el derecho pueda ser ejercido de forma directa por el menor, siempre que ostente la madurez suficiente para ello²²⁶.

En este caso el Tribunal Constitucional, ha hecho hincapié en el hecho de que sea un menor el paciente, implica que “muy distinta es la situación cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar la vida o evitar un daño irreparable es un menor. En este caso es perfectamente legítimo obligado ordenar que se efectúe el tratamiento al menor, aunque los padres hayan expresado su oposición. El derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres. Si éstos dejan morir a su hijo menor, porque sus convicciones religiosas prohíben el tratamiento hospitalario o la transfusión de sangre, se genera una responsabilidad penalmente exigible”²²⁷. Además, concluyendo que “la posición de garante, presente en los padres, no se ve afectada por el hecho de que el hijo, miembro de la misma confesión religiosa, también se opusiera a la transfusión de sangre”²²⁸. De esta forma, que el Tribunal Constitucional que, en virtud del interés superior del menor, se debe preservar, en todo caso, su integridad física sin que el ejercicio de la libertad religiosa de los padres pueda suponer un impedimento. Por lo que consecuentemente, el profesional sanitario está obligado a llevar a cabo la transfusión. Ya que en virtud de los artículos 154 CC y 216 CC, que consagran en todo caso el beneficio del menor, el cual no se ve respetado si se antepone la libertad religiosa, y más si es de una tercera persona. Por lo que ese traspaso de la libertad religiosa por los padres a los menores se puede llegar a considerar un abuso de la patria potestad²²⁹.

La solución ante estos conflictos recae en el juez que es el encargado de valorar el caso concreto y aplicar el correspondiente test de proporcionalidad, así lo menciona

²²⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad...*, op. cit. p. 364.

²²⁷ STS 950/1997, de 27 de junio, FJ. 1º, Aranzadi.

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E.J., “El consentimiento de los testigos de jehová ante la transfusión sanguínea en la legislación española”, *Revista latinoamericana de derecho médico y medicina legal*, núm 1, 2009, p. 26.

Llamazares Fernández “en el caso de menores o incapaces sin la suficiente madurez de juicio, deberá ser el juez quien decida a solicitud del médico”²³⁰. Por su parte, Ferreiro Glaguera, también reconoce dicha función del juez, quien debe subrogarse “en las funciones de guarda que en condiciones normales corresponderían a los padres”²³¹.

Cabe destacar el cambiante criterio jurisprudencial que ha habido en cuanto a la responsabilidad del juez que autoriza o no la realización de la transfusión. En un primer momento, el Tribunal Supremo, estableció la exoneración que el juez por un posible delito de coacciones, en aplicación de la eximente del estado de necesidad, considerando que “al autorizar el juez lesionó un bien jurídico de dicha persona, su derecho de libertad religiosa, pero con ello causó un mal menor que el que se trataba de evitar como era la más que posible muerte del querellante”²³². Además, posteriormente añadió que “el consentimiento del interesado excluye la tipicidad penal cuando en la definición de ciertos delitos se ha tenido en cuenta dicha voluntad, y la antijuricidad, si el sujeto pasivo tiene la libre disposición del bien jurídico afectado; sin embargo, cuando el consentimiento afecta a la vida, bien indisponible, es absolutamente ineficaz”²³³. Por lo que el Tribunal Supremo, defendía la primacía del derecho a la vida en todo caso, en detrimento del derecho de libertad religiosa.

Posteriormente el Tribunal Constitucional, pareció ratificar el criterio del Tribunal Supremo, sin embargo, Llamazares Fernández dista mucho de esta consideración, ya que en cuanto a la eximente del estado de necesidad puntualiza lo siguiente, que “desde la perspectiva sistemática de los valores constitucionales no es verdad que el mal que se trata de evitar, sea superior al que se lesiona, ya que éste 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”²³⁴.

Finalmente, tanto el Tribunal Supremo, como el Tribunal Constitucional, modificaron su criterio, estableciendo que cualquier tipo de “asistencia médica coactiva,

²³⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad...* op. cit. p. 404.

²³¹ FERREIRO GALGUERA, J., “Libertad de conciencia contra legem: criterios del tribunal constitucional en materia de transfusiones”, *Foro Nueva Época*, núm 00, 2004, p. 146.

²³² ATS, de 14 de marzo de 1979, Aranzadi.

²³³ ATS, de 27 de marzo de 1990, Aranzadi.

²³⁴ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad...* op. cit. p. 404.

constituiría una limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tuviera reconocimiento constitucional”²³⁵.

Tras lo desarrollado, se puede observar que, en el caso del paciente adulto maduro con plena capacidad, hay una mayor unanimidad en la doctrina y jurisprudencia, reconociendo la autonomía que tiene éste de rechazar la transfusión con arreglo a sus convicciones como manifestación de su libertad religiosa, asumiendo las consecuencias de dicha decisión. El núcleo del conflicto surge respecto de los menores, es decir, cuando estos no cuentan con la capacidad suficiente para asumir las consecuencias de la decisión adoptada, siendo los padres los objetores, poniendo en grave peligro la salud de los menores. No se puede ignorar, el hecho de que la casuística en esta materia es bastante extensa y que dependen generalmente del caso concreto, aunque está asentada en parte la realización de la transfusión de sangre aun en contra de los padres.

6.1.2 La denegación injustificada de asistencia sanitaria y el derecho al reintegro de los gastos médicos al Testigo de Jehová.

El paciente Testigo de Jehová no es contrario a que se le presten servicios públicos sanitarios, simplemente se muestra reticente a que se le practiquen en específico las transfusiones de sangre, por lo que no se opone a la realización de técnicas sustitutivas o alternativas, entendidas en el sentido que las describe Bayo Izquierdo como, “los procedimientos de autotransfusión y los tratamientos farmacológicos que favorecen la producción de componentes de la sangre o que limitan la fibrinólisis, y cualquier otro procedimiento autorizado con fundamento científico que permita evitar en lo posible la transfusión”²³⁶. En ocasiones, en el ámbito de la Seguridad Social no se proporcionan estos medios alternativos, lo que puede desembocar en que el paciente tenga que recurrir a la sanidad privada donde sí pueden estar disponibles estos medios alternativos.

Está situación se debe poner en relación con la aplicación del artículo 43.1 CE que como menciona Vidal Gallardo, “reconoce el derecho a la protección de la salud y

²³⁵ STC 166/1996, de 28 de octubre, FJ. 2, Aranzadi.

²³⁶ BAYO IZQUIERDO, M.C., “Consideraciones ético-legales en atención sanitaria a pacientes que rechazan recibir transfusiones de sangre”, *Ética de los cuidados: humanización en salud*, núm 17, 2016, p. 2.

encomienda a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”²³⁷. Por lo que cabe preguntarse si el hecho de que el Testigo de Jehová tenga que acudir a la sanidad privada, desembolsando una determinada cantidad de dinero, implica que se pueda traducir en una denegación injustificada de asistencia sanitaria y consecuentemente reconocer el derecho del paciente al reintegro de los gastos.

Para abordar este conflicto, se debe partir del contenido del derecho a la protección de la salud del artículo 43.1 CE, el cual, está integrado por dos dimensiones una personal y otra colectiva. Centrándonos en la personal, como señala Castro Jover, “hay que distinguir a su vez dos facetas, una de carácter preventivo y otra de carácter asistencial. Ésta última exige la puesta a disposición del sujeto de las prestaciones y servicios necesarios para el restablecimiento de una salud maltrecha”²³⁸.

Se desprende del artículo 17 de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, que las Administraciones Públicas no están obligadas al abono de los gastos derivados de acudir a servicios diferentes a los previstos por el propio sistema sanitario, así lo como señalan Labaca Zabala, Arieta-Araunabeña Alzaga y Gamboa Uribarren, “en el sistema de la Seguridad Social no existe el derecho de opción libre del beneficiario del sistema a elegir la medicina privada y la pública, por lo tanto si se quiere hacer efectivo el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social debe acudirse a dicho sistema, lo que supone que, en principio no existe el derecho a reintegro de gastos sanitarios prestados por parte de la sanidad privada”²³⁹. El Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de la inexistencia de un derecho de opción, determinando lo siguiente, “no se concede a los afiliados un derecho de opción sino que la asistencia por la medicina privada tiene un carácter excepcional, que ha de ser justificada por los beneficiarios ante los Tribunales, quienes deberán proceder con criterio cauteloso, para evitar conceder reintegro de cantidades devengadas por cuidados

²³⁷ VIDAL GALLARDO, M., “*Libertad de conciencia...*”, op. cit. p. 2.

²³⁸ CASTRO JOVER, A., “Asistencia Sanitaria y Libertad Religiosa...”, op. cit. p. 216.

²³⁹ LABACA ZABALA, M.L, ARIETA-ARAUNABEÑA ALZAGA, J Y GAMBOA., “Transfusiones de sangre y testigos de jehová: posición de los tribunales en relación con el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados en centro sanitarios privados”, *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, núm 6, 2008, p. 11.

médicos que pudieran prestarse con los medios técnicos y humanos, muy calificados de las Instituciones de la Seguridad Social”²⁴⁰.

Labaca Zabala, Arieta-Araunabeña Alzaga y Gamboa Uribarren, así lo manifiestan, “el reintegro de gastos médicos debe hacerse con un criterio cauteloso y restringido con la finalidad de no conceder a los beneficiarios de la Seguridad Social un derecho de opción”²⁴¹. Por lo que, se puede afirmar que las personas no tienen un derecho a elegir entre acudir a la sanidad privada o a la pública, sino que se le reconoce de forma predeterminada la segunda de ellas, por lo que si el paciente es quien decide acudir a la sanidad privada es su decisión, pero sin que ello suponga un derecho al reintegro de los gastos. De esta forma se pronuncia Blasco Lahoz, quien considera que, “la regla general en el ordenamiento español es, con carácter imperativo, no admitir el reintegro de gastos médicos pues en todo caso debe acudirse al sistema sanitario público, salvo excepciones legal o reglamentariamente establecidas”²⁴². Excepciones que siempre han de ser interpretadas de forma restrictiva, con el objetivo de que no se conviertan en la regla general.

En lo que se refiere a la existencia de una posible denegación injustificada de asistencia sanitaria, se trata de una excepción, que recogía el hoy derogado Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, que reconocía junto con la urgencia de carácter vital, excepciones ante las cuales sí que cabía el reintegro de los gastos, Sáez Lara indica, como doctrinalmente se establecen tres requisitos para que ésta se pueda reconocer “la solicitud previa de la asistencia al organismo público competente, la denegación expresa o tácita de asistencia, la notificación en plazo a la entidad gestora acerca de la utilización de servicios sanitarios ajenos”²⁴³.

En el caso de un paciente Testigo de Jehová, no se puede hablar de una denegación de la prestación de servicios sanitarios, ya que en todo momento tiene la posibilidad de acceder a la transfusión de sangre y al resto de prestaciones sanitarias. En este sentido, Torres Gutiérrez menciona que “no supone una denegación injustificada de asistencia sanitaria, no incluir aquellos casos en los que el paciente acude a la medicina

²⁴⁰ STS de 5 de marzo de 1991, FJ. 2º, Aranzadi.

²⁴¹ LABACA ZABALA, M.L, ARIETA-ARAUNABEÑA ALZAGA, J Y GAMBOA., “Transfusiones de sangre...”, op. cit. p. 12.

²⁴² BLASCO LAHOZ, J. F., *Las prestaciones del sistema nacional de salud, su aplicación legal y judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 159-160.

²⁴³ SÁEZ LARA, C., “Reintegro de gastos por asistencia sanitaria privada y asistencia sanitaria pública”, *Revista española de derecho de trabajo*, núm 150, 2011, p. 11.

privada en busca de mejores especialistas o tratamiento de tecnología punta²⁴⁴, como hacen los Testigos de Jehová, que buscan medidas alternativas. Además de que la denegación de asistencia sanitaria debe ser calificada de “injustificada”, es decir que haya una persistencia negativa por el centro sanitario correspondiente²⁴⁵. Y, por lo general, los Testigos de Jehová, cuando acuden a los Tribunales, no reclaman un mal o deficiente funcionamiento del servicio sanitario, sino simplemente que se les atienda de acuerdo a sus exigencias.

Por otro lado, Vidal Gallardo, señala que “nos hallamos ante un concepto que no debe construirse tomando únicamente en consideración una negativa frontal y directa a los cuidados adecuados, sino que también comprende los casos en que no se atiende al paciente en la forma que la situación requiere²⁴⁶. A pesar de ello, el hecho de tener en cuenta las exigencias del paciente, no se puede traducir en la existencia de un servicio sanitario universal. Por ello la doctrina jurisprudencial ha establecido unos límites inherentes a la asistencia sanitaria pública. Así lo refleja Sáez Lara quien pone de manifiesto que, “la necesaria estabilidad financiera del sistema ha llevado, en efecto, a considerar justificada la existencia de límites a la asistencia sanitaria debida, sin que pueda comprender el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de medios y proyección hacia una cobertura de vocación universal, la aplicación de aquellos medios no accesibles ni disponibles en la sanidad pública a cuantos lo soliciten²⁴⁷.

Por su parte, el Tribunal Supremo, a través de la interpretación del anterior artículo 5.3 Real Decreto 63/1995, determinó los cuatro requisitos que deben estar presentes para que proceda el derecho al reintegro de los gastos derivados de acudir a sistemas fuera de la sanidad pública “dos positivos: que se trate de una urgencia inmediata, y que sea de carácter vital. Y los otros dos, negativos: que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de sanidad pública y que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción²⁴⁸. Estos criterios, se han ido consolidando en posteriores pronunciamientos, como en la STS de 21 de enero de 2012.

²⁴⁴ TORRES GUTIERREZ, A., “Objeción de Conciencia...”, op. cit. p. 457.

²⁴⁵ BLASCO LAHOZ, J. F., *Las prestaciones del sistema...*, op. cit. p. 294.

²⁴⁶ VIDAL GALLARDO, M., “*Libertad de conciencia...*”, op.cit. p. 16.

²⁴⁷ SÁEZ LARA, C., “Reintegro de gastos...”, op. cit. p. 12.

²⁴⁸ STS de 20 de octubre de 2003, FJ. 2º, Aranzadi.

Por lo que se ha evidenciado, que es consolidada la jurisprudencia que no reconoce el derecho de los Testigos de Jehová al reintegro de los gastos, por no concurrir los requisitos señalados, así como no constituir una denegación injustificada de asistencia sanitaria. Sin embargo, la doctrina se encuentra dividida, de forma que autores como Labaca Zabala, Arieta-Araunabeña Alzaga y Gamboa Uribarren, defiende que, “en el presente supuesto estamos ante un derecho fundamental contenido en el art. 16 CE, el derecho a la libertad religiosa de los Testigos de Jehová, lo que supone que, a la administración corresponde remover los obstáculos que dificulten el ejercicio efectivo de los derechos”²⁴⁹, reconociendo la obligatoriedad de los poderes públicos, de proporcionar medidas alternativas, y reintegrar los gastos en caso de acudir a la sanidad privada. Esta consideración supone que “en el supuesto de que esta prestación no sea satisfecha, será necesario que la Administración sanitaria proceda al reintegro de los gastos médicos asumidos por los Testigos de Jehová, ya que dicha asistencia sanitaria no es caprichosa, sino que es una consecuencia de la obligación que tiene la administración de hacer efectivo el derecho fundamental de libertad religiosa de sus ciudadanos”²⁵⁰.

Finalmente, es jurisprudencia asentada la que refleja que efectivamente en el caso del rechazo de las transfusiones de sangre por el Testigo de Jehová y la no proporción de prácticas alternativas por la sanidad pública, no implica una vulneración del derecho de libertad religiosa de este colectivo, ya que como refleja el Tribunal Supremo “no puede derivar la consecuencia de que la Sanidad Pública esté obligada a prestar la concreta asistencia reclamada en los términos que un singular precepto de determinada confesión impone. Ello implicaría, de un lado, la imposición de criterios facultativos distintos a los mantenidos por los responsables médicos del caso que podrían afectar a las reglas deontológicas, en función de la fiabilidad de prácticas profesionales distintas”²⁵¹.

Para mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, ha reconocido que una asistencia médica con arreglo a los términos exigidos por el paciente supondría “una excepcionalidad que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la

²⁴⁹ LABACA ZABALA, M.L, ARIETA-ARAUNABEÑA ALZAGA, J Y GAMBOA., “Transfusiones de sangre...”, op. cit. p. 38.

²⁵⁰ Ibidem.

²⁵¹ STS 1993/3338, 14 de abril, FJ. 2º, Aranzadi.

legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición”²⁵².

6.4 VALORACIÓN JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA.

El devenir jurisprudencial ante el rechazo de los Testigos de Jehová ha sido extenso a lo largo del tiempo, sufriendo diversas modificaciones el criterio de los Tribunales, de acuerdo con cada uno de los litigios que se han ido sucediendo. Destacando los siguientes pronunciamientos.

1- Auto del Tribunal Constitucional 359/1984, de 20 de junio, de 1984²⁵³.

Antecedentes de hecho

La parte demandante, formuló una demanda de amparo invocando una presunta vulneración de los artículos 24.1 CE y 16.1 CE, contra el Auto dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 22 de diciembre de 1983. En la demanda se relatan los siguientes hechos: a la mujer del demandante se le recomendó por parte del médico, la realización de una transfusión de sangre. Sin embargo, ante la reiterada negativa tanto suya como de su marido por motivos religiosos, ya que eran Testigos de Jehová. Se solicitó al Juzgado de Guardia números 4 de Primera Instancia e Instrucción de Santa Cruz de Tenerife, la correspondiente autorización, la cual fue otorgada por auto y posteriormente por providencia. Días más tarde la mujer terminó falleciendo.

Ante los sucesos ocurridos la parte actora promovió juicio la responsabilidad criminal del Magistrado-Juez titular del juzgado que autorizó la transfusión. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, declaró la inadmisión de la querrela mediante auto de 22 de diciembre de 1983. Ante el cual, se interpuso recurso de súplica que terminó siendo desestimado el 25 de enero de 1984.

Fundamentos de derecho.

El Tribunal determina que la demanda en amparo carece en todo caso de relevancia constitucional, ya que, respecto de las resoluciones impugnadas, es totalmente indubitado el hecho de que no concurren los elementos del tipo penal del delito de coacciones, ya que considera que el Juez actuó en todo caso con autorización

²⁵² STC 19/1985, 13 de febrero, FJ. 3º, Aranzadi.

²⁵³ ATC 359/1984, de 20 de junio, Aranzadi.

legítima derivada de los artículos 3 y 5 de la LO 7/1980, “ya que el derecho garantizado a la libertad religiosa por el art. 6.1 CE tiene como límite la salud de las personas, según dicho art. 3 y en pro de ella actuó el Magistrado-Juez, otorgando autorización para las transfusiones sanguíneas, por lo que no concurrían en su conducta el elemento del injusto inicial específico”²⁵⁴. Sin embargo, el Tribunal, considera que en el caso de que el Juez se hubiera inhibido, es en ese supuesto en el que podría haber incurrido en un delito de presta auxilio, tipificado anteriormente en el art. 409 CP que está en vigor en ese momento.

Por otro lado, el tribunal también exoneró de cualquier responsabilidad respecto de un delito culposo a la parte demandante ya que éste “no habría inobservado la diligencia exigible en el cumplimiento de su deber, al poder confiar en la solicitud de los diversos médicos que atendían a la propia enferma, que habrían valorado la urgente necesidad, para conservar su vida, de la intervención constituida por transfusión de sangre actuando con arreglo a la *lex artis* y a sus conocimientos técnicos y profesionales”²⁵⁵.

Este auto fue objeto de crítica por la doctrina, considerando que el Tribunal Constitucional, cometió un error en la interpretación del art. 3 LO 7/1980, así lo manifiesta “el artículo mencionado que regula los límites de la libertad religiosa no habla de la salud de las personas, sino que se refiere expresamente a la salud pública”²⁵⁶.

2- Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1996, de 28 de octubre, de 1996²⁵⁷.

Antecedentes de hecho.

La parte demandante interpone un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo del 3 de mayo de 1994. Constatando los siguientes hechos, que tras ingresar en el Hospital a comienzos de 1989, fue necesaria la realización de una transfusión de sangre. Pero al ser el paciente miembro de la confesión religiosa “Testigos Cristianos de Jehová”, rechaza

²⁵⁴ Ibidem, FJ. 3º.

²⁵⁵ Ibidem

²⁵⁶ FERREIRO GALGUERA, J., “Libertad de conciencia...”, op. cit. p. 149.

²⁵⁷ STS 166/1996, de 28 de octubre, Aranzadi.

la práctica de la transfusión. Ante el conflicto surgido, el médico le solicita la autorización judicial, el cual lo hizo a través del auto de 4 de febrero de 1989.

Posteriormente. El 19 de abril vuelve a ingresar por otras patologías, avisándole el médico que sería necesario realizar una transfusión. Ante esta situación la parte demandante, decide acudir a una clínica privada. Tras todo ello, se solicitó por parte del demandante el reintegro de los gastos médicos ocasionados por la atención médica de la clínica privada. Ante dicha petición, se dictó resolución denegatoria el 28 de mayo de 1991. Posteriormente el 9 de abril de 1992, el Juzgado de los Social núm 3 de Navarra, desestimó la demanda presentada por la parte actora, solicitando el reintegro de los gastos.

Ante la resolución, la parte actora recurrió en suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Navarra, el cuál condenó al Servicio Navarro de Salud al pago de un total de 723.492 pesetas. Fundamentando dicha resolución en que la asistencia médica privada a beneficiarios de la seguridad social no es excepcional, sino que se encuadra en el movimiento de reforma de la Seguridad social.

La resolución fue recurrida en casación para unificación de doctrina por el Servicio Navarro de Salud. Finalmente, el recurso fue resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, casando la sentencia impugnada, ya que la Sala determinó, que la no aceptación del beneficiario del tratamiento prescrito por razón de sus creencias religiosas no debe ser considerado un caso excepcional, que implique el reintegro de los gastos.

En último término frente a la sentencia del Tribunal Supremo, se interpone el presente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la parte recurrente, que las sentencias dictadas en instancias anteriores no respetan sus creencias religiosas por lo que existe una posible vulneración del art. 16.1 CE, así como del art. 14 CE, al considerar que la situación penaliza económicamente al colectivo de ese grupo religioso. Haciendo hincapié en que el rechazo de la transfusión de la parte recurrente no fue una opción personal de conveniencia, sino más bien un obligado recurso de su derecho a proteger su salud, con respeto de su integridad física y moral.

Fundamentos jurídicos.

La Sala, centra el asunto del litigio, en la determinación de si la negativa del reintegro de los gastos supone una efectiva vulneración del derecho a la libertad religiosa, del art. 16 CE y del principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE.

En primer lugar, el Tribunal hace referencia, al hecho de tener que acudir a la sanidad privada, y recuerda que efectivamente las prestaciones exigibles a la Seguridad Social se configuran como un régimen legal, por lo que no cabe un acuerdo de voluntades. Considerando que la “exigencia de la parte recurrente de una intervención quirúrgica sin transfusión de sangre, en todo caso excede del contenido concreto de la asistencia sanitaria exigible a la Seguridad Social, y no es equiparable a la denegación de justicia”²⁵⁸.

Por otro lado, el Tribunal, establecer el contenido de la libertad religiosa, “entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental, que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo, es decir, reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales”²⁵⁹. Esta interpretación es de aplicación al presente litigio, a través del cual se determina que cualquier tipo de actuación médica coactiva podría suponer una limitación vulneradora del derecho fundamental.

Una vez expuestos los supuestos en lo que podría existir una vulneración del derecho a la libertad religiosa. Seguidamente, el Tribunal resuelve la improcedencia del derecho al reintegro de los gastos, determinando que la parte recurrente, no alega en ningún momento un deficiente servicio sanitario, por lo que “la denegación del tratamiento médico por los facultativos de la Seguridad Social, no es equiparable, a efectos de acudir a la medicina privada y obtener el reintegro de los gastos ocasionados por ese motivo, con los supuestos de error de diagnóstico, o de denegación injustificada de asistencia”²⁶⁰.

Por otro lado, el Tribunal aborda la alegación de la parte recurrente respecto de una posible vulneración del principio de igualdad y el derecho a la no discriminación. Interpretación que rechaza íntegramente la Sala, ya que el sistema sanitario legalmente establecido es totalmente igualitario²⁶¹.

Por todo ello, el Tribunal resuelve desestimando el recurso de amparo, por no observar ni vulneración del derecho a la libertad religiosa art 16 CE, ni del principio de

²⁵⁸ Ibidem, FJ. 1º.

²⁵⁹ Ibidem, FJ. 2º.

²⁶⁰ Ibidem, FJ. 3º.

²⁶¹ Ibidem, FJ. 5º.

igualdad y el derecho a no ser discriminado art. 14 CE, por lo que no existe un derecho al reintegro de los gastos, derivados de la sanidad privada.

3- Sentencia del Tribunal Supremo 950/1997, de 27 de junio, de 1997²⁶².

Aunque esta resolución fue revocada posteriormente por el Tribunal Constitucional, mediante la STC de 18 de julio de 2002, considero de relevancia, observar el criterio adoptado por el Tribunal Supremo.

Antecedentes de hecho.

Un niño de trece años, tras una caída con la bicicleta, es hospitalizado por las lesiones que sufrió. Cuando acude al centro sanitario, los médicos le recomiendan la práctica de una transfusión de sangre. Sin embargo, los padres, al pertenecer a la confesión religiosa de los Testigos de Jehová, se negaron a que se le practicara al menor dicha intervención. Ante el conflicto, los facultativos solicitaron la autorización pertinente al Juzgado de Guardia, el cual otorgó dicha autorización. Sin embargo, en el momento de llevar a cabo la transfusión, el menor se opuso rotundamente, debido al miedo que padecía a que se le realizara la intervención. Ante dicha situación los médicos decidieron no llevar a cabo la transfusión, solicitando a los padres que trataran de convencer al menor, a lo cual no aceptaron. Seguidamente, el centro hospitalario dio el alta al menor. Ante la grave situación del menor el Juzgado de Instrucción de Fraga, autorizó la entrada de los servicios médicos al domicilio de la familia, para salvarle la vida realizándole la transfusión. A pesar de ello, el menor terminó falleciendo horas después.

La audiencia Provincial de Huesca, el 20 de noviembre de 1996, absolvió a los padres de un presunto delito por omisión. Resolución que fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo y es la presente resolución.

Fundamentos de derecho.

El Ministerio Fiscal, fundamentó el recurso, principalmente en los siguientes argumentos.

²⁶² STS 950/1997, de 27 de junio, Aranzadi.

1. Que el consentimiento del menor carecía de relevancia jurídica, recayendo la prestación de dicho consentimiento en los padres, como titulares de la patria potestad.
2. Al no consentir los padres la realización de la transfusión de sangre, el Ministerio Fiscal, observa una presunta comisión del delito tipificado en el art. 138 CP, en la modalidad de comisión por omisión dolosa, ya que concurre en ellos la posición de garantes.
3. La vulneración del derecho a la vida, no se puede justificar jurídicamente por la invocación del derecho a la libertad religiosa. Es decir, que hay una prevalencia del derecho a la vida respecto a las creencias de las personas.

Ante los argumentos esgrimidos por el Ministerio Fiscal, por su parte el Tribunal alega lo siguiente. En primer lugar, hace referencia al valor de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, calificándolo de “un grupo preferente, sólo superado por el derecho a la vida y a la integridad física y moral”²⁶³. Estableciendo por tanto que “la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de forma absoluta e incondicionada y, en caso de conflicto o colisión, pueden estar limitadas por otros derechos constitucionalmente protegidos, especialmente cuando los que resultan afectados son los derechos de otras personas”²⁶⁴.

Por lo que, una vez determinados los derechos que entran en conflicto, el Tribunal procede a realizar una ponderación, haciendo referencia a que es totalmente distinto que la objeción de conciencia de un adulto suponga el rechazo de un tratamiento médico, y que generalmente se debe respetar su decisión, sin embargo, resulta evidente que la situación es diferente cuando es un menor el que requiere el tratamiento médico. Determinando, por tanto, que “el derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia y objeción de los padres. Si estos dejan morir a su hijo menor porque sus convicciones religiosas prohíben el tratamiento hospitalario o la transfusión de sangre se genera una responsabilidad penalmente exigible”²⁶⁵.

El Tribunal también considera como cierto que de haberse practicado la transfusión, desde el momento inicial en el que se le recomendó a los padres, la

²⁶³ Ibidem, FJ único.

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ Ibidem.

probabilidad de supervivencia y de curación del menor era bastante alta. Siendo, por tanto, el único método para salvar la vida al niño.

Seguidamente el Tribunal, procede a analizar el tipo penal del delito de comisión por omisión, con el objetivo de determinar si efectivamente concurren los elementos de éste siendo uno de ellos que la no evitación del resultado que implica la omisión sea equivalente a su causación. Determinando que es evidente que, en el presente supuesto, los padres se encontraban en ejercicio de la patria potestad, así como en posición de garantes de la salud de su hijo “correspondiéndoles el deber moral y legal de hacer todo lo que fuere preciso para hacer efectivo dicho deber”²⁶⁶.

Destaca la posición del Tribunal, que no secunda la decisión adoptada por el Tribunal de instancia que consideró que los padres habían perdido la posición de garantes, desde que reclamaron al Juez que decidiera sobre la práctica o no de la transfusión. Además, el Supremo, establece que “la posición de garante, presente en los padres, no se ve afectada por el hecho de que el hijo, miembro de la misma confesión religiosa, también se opusiera a la transfusión de sangre”²⁶⁷.

Por todo ello, el Tribunal finalmente considera culpables a los padres, debido a que eran conocedores en todo momento de la urgente necesidad de la transfusión de sangre, hecho que la Sala interpretó como “aceptar la muerte casi segura del menor”. Debiendo los padres haber ignorado sus creencias religiosas y haber aceptado la transfusión. De esta forma, sí que están presentes los elementos que caracterizan el tipo objetivo y subjetivo del delito de homicidio de comisión por omisión. Aunque, el Tribunal, determina la aplicación de la atenuante muy cualificada de la obcecación de los padres, del art. 21.3 CP.

4- Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, de 2002²⁶⁸.

Este fallo es de gran relevancia en materia de colisión entre el derecho de libertad religiosa y el derecho a la vida, en relación con los Testigos de Jehová, ya que modificó el criterio jurisprudencial que venía siguiendo la Gran Sala. Ya que anula la sentencia anteriormente mencionada dictada por el Tribunal Supremo.

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ STC 154/2002, de 18 de julio, Aranzadi.

Antecedentes de hecho

El relato cronológico de los hechos es el que se ha mencionado previamente en la STS 950/1997, de 27 de junio. Por lo que, una vez obtenida la resolución, ésta fue recurrida por los padres del menor, en amparo ante el Tribunal Constitucional, en la que se alegaba la presunta violación de los derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la integridad física y moral.

En lo que respecta a la calificación que realizó el Tribunal Supremo sobre el carácter irrelevante del consentimiento otorgado por el menor, haciendo referencia a que los límites establecidos en el art. 3 LO 7/1980, son límites de protección de los derechos de los demás es decir de salvaguardia de la seguridad y salud públicas, por lo que esos límites no son de aplicación “en el caso individual que se niega por razones religiosas a una transfusión de sangre, pues dichos límites protegen bienes públicos y no individuales”²⁶⁹ El Tribunal, también hace hincapié en que no se puede olvidar la relevancia de la Convención de los Derechos del Niño, que reconoce en todo caso, el derecho de la libertad religiosa, así como a ser oídos.

Seguidamente, la Sala aborda los aspectos de la imputación que el Tribunal Supremo interpretó, determinando la existencia de una colisión de las convicciones religiosas de los padres y la vida de un menor. En este caso, el Tribunal, considera que “la contradicción realmente se plantea entre la conciencia religiosa del menor y un tratamiento médico al que éste, por su propio derecho y convicción se oponía”²⁷⁰.

El Tribunal, también determina y centra la resolución del litigio en la imputación de los padres del delito de homicidio de comisión por omisión.

Fundamentos jurídicos.

El Tribunal, hace un extenso repaso de los hechos considerados como probado por la sentencia del Tribunal Supremo, con el objetivo de encuadrar y especificar el objeto del presente recurso de amparo. En primer lugar, se hace referencia a la delimitación del derecho a la libertad religiosa, art 16.1 CE, mencionando la doble dimensión que tiene dicho derecho, una interna y otra externa. En segundo lugar, recuerda el contenido de la libertad religiosa que se traduce en “garantizar la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación

²⁶⁹ STC 154/2002, de 18 de julio, antecedentes de hecho, Aranzadi.

²⁷⁰ Ibidem.

intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”²⁷¹. Además, menciona la ausencia de carácter absoluto de los derechos fundamentales, lo cuales “solo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos”²⁷². Una vez delimitados los extremos de la libertad religiosa, reconoce la plena titularidad de los menores de los derechos fundamentales, como se ha repetido en diversas ocasiones.

Posteriormente el Tribunal analiza el significado constitucional de la oposición del menor, reconociendo que es cierto el valor que le otorga nuestro ordenamiento jurídico, porque le concede la posibilidad de realizar ciertos negocios jurídicos de forma válida. En este sentido determina “el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente, por vía de equiparación, para reconocer la eficacia jurídica de un acto, que por afectar en sentido negativo a la vida tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y en consecuencia, irreparable”.

Para abordar la oposición del menor, el Tribunal destaca diversos aspectos a tener en cuenta. El primero de ellos, el hecho de que el menor estuviera ejercitando sus derechos fundamentales de los que es titular. En segundo lugar, en todo caso prevalece el interés del menor tutelado por los padres o por los órganos judiciales. En tercer lugar, el derecho a la vida que es declarado como un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional. Y, en cuarto y último lugar, la decisión del menor es de carácter irreversible al suponer la muerte del mismo.

En cuanto a la reacción de terrible miedo que sufrió el menor, la Sala pone de manifiesto que “había en aquel unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a estos”²⁷³. Por lo que, a pesar de que no se demostrara la madurez del menor, el

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² Ibidem, FJ. 8º.

²⁷³ Ibidem.

hecho de que la reacción fuera de terrible miedo implica que estaba actuando conforme a sus convicciones.

En cuanto a la figura de garantes de los padres, se menciona que “los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales, concretamente del derecho a la libertad religiosa”²⁷⁴.

En lo que respecta a la ponderación de los derechos que entran el conflicto, la Sala determina que los derechos enfrentados son por un lado el derecho a la vida del menor y el derecho a la libertad religiosa y creencias de los padres. Tener en cuenta que cuando se ponderan dos derechos fundamentales, debe estar presente “el principio de concordancia práctica, lo que exige que el sacrificio del derecho a ceder, no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante y en el presente caso, la efectividad del derecho a la vida del menor es evidente que no queda limitada por la actitud de los padres, los cuales aceptaron la decisión judicial de realizar la transfusión”.

Por otro lado, el Tribunal también procede a abordar, el hecho de que el facultativo, solicitase a los padres que persuadieran al menor para que sometiera a la transfusión de sangre, lo que “supone la exigencia de una concreta y específica actuación de los padres que es radicalmente contraria a sus convicciones religiosas”²⁷⁵. Además, se debe puntualizar el hecho de que los padres llevaron al menor a más centros sanitarios, pone de manifiesto en ningún momento negaron la salvaguarda de la vida del menor. Por todo ello, el Tribunal considera que “la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas”²⁷⁶. Planteamiento que desemboca, que la condición de garantes de los padres no se extienda al cumplimiento de esa exigencia de disuadir al menor. Por lo que, la primacía del derecho a la integridad física del menor, no se vio vulnerada ya que los padres no se opusieron a la autorización del juez a realizar la transfusión.

Finalmente, el Tribunal falla estableciendo la efectiva vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa de los recurrentes, fundamentada en que en ningún momento hubo por parte de los padres una vulneración del derecho a la integridad física

²⁷⁴ Ibidem, FJ. 11°.

²⁷⁵ Ibidem, FJ. 14°.

²⁷⁶ Ibidem, FJ. 15°.

del menor, ya que desde el principio aceptaron la resolución judicial. De forma que la efectividad de la primacía del derecho a la vida, no es contraria ni limitativa del derecho a la libertad religiosa. Concluyendo, por tanto, la anulación de la resolución dictada por el Tribunal Supremo.

5- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 316/2014, de 7 de mayo de 2014²⁷⁷.

Antecedentes de hecho.

La parte actora miembro de los Testigos Jehová, tras rechazar la realización de una transfusión de sangre, solicitó que se le practicara alguna intervención sustitutiva, la cual no se le prestó en el hospital. Tras este suceso, interpuso recurso contencioso administrativo, contra la resolución dictada por la Agencia Valencia de Salud, que determinó la no vulneración de los artículos 14 y 16 CE. Posteriormente la resolución, fue recurra en apelación.

Fundamentos de derecho.

El Tribunal comienza mencionado la resolución dictada por el Juzgado de Instancia, lo cual determinó la vulneración de los artículos 14 y 16 CE, ya que “la conducta de la Administración fue adecuada a la *lex artis* que rige la práctica médica y contemplaba el traslado del demandante a otros centros sanitarios, respetando sus creencias religiosas”²⁷⁸.

También hace referencia al criterio jurisprudencial marcado por el propio Tribunal Supremo, en relación con el artículo 16 CE y el derecho a la libertad religiosa, cuyo contenido “no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen, pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune de toda coacción de los poderes públicos”. El reconocimiento de una esfera externa de ejercicio del derecho a la libertad religiosa no implica que cualquier tipo de limitación, por mínima que sea suponga una vulneración de dicho derecho, así lo pone de manifiesto Tribunal, “el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del art. 16.1 CE, que todo límite a ese

²⁷⁷ STSJ 316/2014, de 7 de mayo, Iustel.

²⁷⁸ Ibidem, FJ. 2º.

comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional mencionado. El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. Los poderes públicos conculcaran dicha libertad, por tanto, si la restringen al margen o con infracción de los límites que la Constitución ha previsto²⁷⁹.

Por todo ello, el Tribunal finalmente determina la desestimación del recurso interpuesto por la parte demandante, por no existir ningún tipo de vulneración de los artículos 14 y 16 CE.

7. CONCLUSIONES

Tras el estudio desarrollado, he podido concluir que el legislador se centra en conjugar dos instituciones jurídicas básicas, por un lado, el reconocimiento de un verdadero estatuto jurídico del menor, que se fundamenta en la autonomía de éste para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Y, por otro lado, el ejercicio de la patria potestad de los padres o tutores y su posición de garantes hacia los hijos o pupilos.

El dilema surge en la delimitación de los derechos que pueden ser ejercitados por los menores sin necesidad de representación. La controversia, es en parte generada por el propio legislador, al usar el concepto jurídico indeterminado de “derechos de la personalidad del menor”, término que puede obedecer a multitud de interpretaciones, lo cual queda reflejado en la práctica jurídica, siendo numerosos los litigios que se sustancian en el establecimiento del contenido de los derechos personales del menor.

Es cierto, que el régimen jurídico del menor está encaminado a favorecer la independencia y desarrollo de su personalidad, lo que se observa en la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, en la que se equipara al menor no emancipado mayor de dieciséis años con el mayor de edad. La intención del legislador, a la hora de regular el consentimiento informado, es adoptar una posición aparentemente objetiva, ya que establece unos tramos de edades, lo que se traduce en una serie de presunciones en cuanto a la capacidad para prestarlo. A partir de estas presunciones, se entiende que el menor de edad mayor de dieciséis años cuenta con la capacidad suficiente como para

²⁷⁹ Ibidem.

consentir la realización de una intervención quirúrgica. No obstante, considero que el criterio se torna un tanto subjetivo, cuando el legislador introduce la rúbrica de la “madurez del menor”, y la teoría del “menor maduro”, es un elemento que obliga a ir caso por caso, determinando, en primer lugar, el tipo de intervención que se va a realizar y su grado de peligrosidad y, en segundo lugar, el grado de madurez del menor en base a la intervención.

Con este mecanismo, el legislador, pretende salvar, el hecho de que es cuestionable presumir que a una cierta edad, se tiene la capacidad suficiente como para consentir o no la realización de una operación que puede poner en riesgo la vida del propio paciente. Es evidente, que hay menores con quince años de edad que pueden tener un mayor grado de madurez, respecto a un menor de diecisiete años. Además, de que las presunciones pueden llegar a desvirtuar los diferentes estados jurídicos reconocidos en el régimen común del Código Civil, como es el caso de la emancipación.

Bajo mi punto de vista, todo el régimen jurídico, en la práctica genera más confusiones que soluciones, ya que cuando existen discrepancias, es el juez el que debe valorar y resolver, autorizando o denegando la intervención. Al fin y al cabo, lo que realmente sucede es que se traslada al operador jurídico una responsabilidad de una alta importancia que no tendría por qué asumir, ya que, a mi juicio, debería ser el médico, el encargado de observar la madurez del menor.

En lo que respecta al conflicto entre el derecho a la integridad física de las personas, art. 15 CE y el derecho a la libertad religiosa, art. 16, la doctrina y la jurisprudencia, diferencian claramente los supuestos en que el paciente es adulto y capaz, en cuyo caso, es compartida la opinión de que el rechazar un tratamiento médico por convicciones religiosas propias, se encuadraría dentro de la libertad y la autonomía del paciente, por lo que no desencadenaría mayores inconvenientes. Sin embargo, cuando el paciente es un menor de edad y son los padres o tutores los que determinan el rechazo del tratamiento, o es el propio menor, bajo las convicciones religiosas impuestas por los padres, considero que el legislador debe regular estas situaciones con el objetivo de proteger la integridad física del menor. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico se centra en salvaguardar la vida de una persona, cuando es un tercero (que ostenta la representación), el que decide sobre la integridad física de la primera, lo que encuentro totalmente lógico.

En el supuesto especial de los Testigos de Jehová, cuando son los padres o tutores objetores de conciencia los que deciden sobre el rechazo de la transfusión de sangre al menor, considero que la negativa no se puede extender hasta el punto de que conlleve el terrible desenlace de la muerte del menor. Es cierto que hay una clara tendencia por parte de los Tribunales a salvaguardar la integridad del menor. Resulta evidente que en la mayoría de situaciones el juez autoriza la transfusión de sangre, en aras de su protección. Por ello, considero totalmente acertada la posición del legislador de que los poderes públicos han de actuar como garantes y asumir la guarda de los menores, cuando los padres, de forma reiterada, se niegan a practicar la intervención necesaria para la salud del paciente.

Aunque es cierto que no se pueden limitar derechos fundamentales como es la libertad religiosa de forma totalmente generalizada e injustificada, sino que siempre han de interpretarse los límites de forma restrictiva, sin embargo, no se puede olvidar la primacía que en diversas ocasiones ha determinado el Tribunal Constitucional del derecho a la integridad física, ya que es la piedra angular del resto de derechos fundamentales.

Finalmente, considero que el actual régimen jurídico del consentimiento informado, manifestación principal de la autonomía del paciente, debería ser más clara y precisa, sobre todo en materia de protección del paciente menor de edad, ya que la complejidad de la regulación puede desembocar en una inseguridad jurídica para el paciente.

8. BIBLIOGRAFÍA.

MONOGRAFÍAS.

AGÓN LÓPEZ, J.G., Consentimiento informado y responsabilidad médica, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016. Tesis doctoral.

ALBA BERMÚDEZ, J.M., *La objeción de conciencia en el ámbito sanitario: especial referencia a la legislación ecuatoriana*, Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2017. Tesis doctoral.

ASENSIO SÁNCHEZ, M.A, *Patria potestad, minoría de edad y derecho de salud*, Dykinson S.L, Madrid, 2012.

BARTOLOMÉ TUTOR, A, *El reconocimiento de los menores de edad de capacidad de obrar progresiva en los actos relativos a los derechos de la personalidad con especial referencia al papel de los responsables parentales*, Universidad Pontificia Comillas, Facultad de Derecho, Madrid, 2014.

BLASCO GASCÓ, F, *Instituciones de derecho civil, 4ª Edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

BLASCO LAHOZ, J. F., *Las prestaciones del sistema nacional de salud, su aplicación legal y judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GARCÍA PRESAS, I, *La patria potestad*, Dykinson, Madrid, 2013.

LASARTE, C., *Parte general y derecho de la persona, principios de derecho civil I*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia I, conciencia, tolerancia y laicidad*, Thomson Reuters, Navarra, 2011.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia II*, Thomson Reuters, Navarra, 2011.

MORENO DÍAZ, J.M., *La objeción de conciencia en el ámbito de las prestaciones de servicio sanitarias*, Tecnos, Madrid, 2023.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M., *El consentimiento informado en el ámbito sanitario*. Dykinson S.L, Madrid, 2009.

PÉREZ ÁLVAREZ, S., *Libertad de conciencia y diversidad en la sanidad pública española contemporánea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

REYNAL REILLO, E., *Cuestiones actuales del consentimiento informado*, Universidad de Valencia, Valencia, 2016.

ROMERO COLOMA, A., *Derecho a la libertad religiosa del progenitor frente al beneficio del hijo menor*, Bosch, Barcelona, 2006.

ROVIRA, A., *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*. Thomson Aranzadi, Madrid, 2007.

SALCEDO HERNÁNDEZ, J.S., “Objeción de Conciencia Sanitaria”, *Derecho y Salud, Estudios de Bioderecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

TAJADURA TEJEDA, J., *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, LUIS, *GPS Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CAPITULOS DE LIBROS.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., “Sistema Normativo Español sobre Protección de Menores”, *Tratado del Menor, la Protección Jurídica a la Infancia y la Adolescencia*, coordinadora Clara Martínez García, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

ARECES PIÑOL M. T, “Tutela del menor y libertad religiosa”, *Escritos Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guilarte*, Diputación de Castellón. Facultad de Derecho de la Universitat de Jaume I y de la Universidad de Valencia, Valencia.

BILBAO UBILLOS, J. M, “Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española”, *Lecciones de Derecho Constitucional II*, coordinadora Paloma Biglino Campos, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022.

CASTRO JOVER, A., “Asistencia Sanitaria y Liberta Religiosa, Un Supuesto: La Denegación de Reintegro de Gastos Médicos a los Testigos de Jehová”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, coordinador, Diputación de Castelló, AÑO

CILLERO BRUÑOL, M., “La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Introducción a su Origen, Estructura y Contenido Normativo”, *Tratado del Menor, la*

Protección Jurídica a la Infancia y la Adolescencia, coordinadora Clara Martínez García, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

COTS I MONER, J., “Los Antecedentes de la Convención. Síntesis de un Logro”, *El Desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, coordinador Carlos Villagresa Alcaide, Bosch, Barcelona, 2006.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, M. D., “La patria potestad”, *Protección Jurídica del Menor*, coordinadora M^a Paz Pous de la Flor, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

JERICÓ OJER, L., “Consentimiento Informado, Actuación Médica y Derecho Penal”, *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, coordinador José Francisco Alenza García, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, M T., “Las relaciones paterno-filiales: la patria potestad”, *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, coordinador José Ramón de Verda y Beamonte, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MORETÓN SANZ, M.F., “La Adaptación de Nuestros Derecho a la Convención”, *El Desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, coordinador Carlos Villagresa Alcaide, Bosch, Barcelona, 2006.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., “El Concepto de Menor”, *Tratado del Menor, la Protección Jurídica a la Infancia y la Adolescencia*, coordinadora Clara Martínez García, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., “La Capacidad de Obrar y la Responsabilidad de los Menores”, *Tratado del Menor la Protección Jurídica a la Infancia y la Adolescencia*, coordinadora Clara Martínez García, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

SANTAMARÍA LAMBÁS, F., “La Protección de la Libertad de Conciencia del Menor de Edad en su Esfera Personal por parte del Poder Público y Confesional: *Estudio Jurisprudencia*, Coordinador Dionisio Llamazares Fernández, El Derecho Eclesiástico del Estado / Tirant lo Blanch, Madrid.

SUÁREZ PERTIERRA, G., “La Libertad Religiosa, Ideológica y de Culto. Los Principios Informadores del Derecho Eclesiástico del Estado”, *Derecho Eclesiástico del Estado*, coordinador Gustavo Suárez Pertierra, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

TORRES GUTIERREZ, A., “Objeción de Conciencia a las Transfusiones de Sangre por los Testigos de Jehová”, *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, coordinador José Francisco Alenza García, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

ARTÍCULOS DE REVISTAS.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., “El consentimiento del menor en el ámbito de la sanidad la biomedicina en España”, *Revista boliviana de derecho*, núm 20, 2015.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm 10 bis, 2019.

ALÁEZ CORRAL, B., “El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad”, *Revista europea de derechos fundamentales*, núm 21, Oviedo, 2013.

ANTONIO SEOANE, J., “El perímetro de la objeción de conciencia médica, a propósito del rechazo de la transfusión de sangre por un paciente testigo de jehová”, *Revista para el análisis del derecho*, núm 4, 2009.

BARCIA-LEHMANN, R Y RIVERA RESTREPO, J.M., “La negativa a recibir una transfusión de sangre por motivos religiosas en los menores de edad en España”, *Jurídica*, núm 19, 2022.

BAYO IZQUIERDO, M.C., “Consideraciones ético-legales en atención sanitaria a pacientes que rechazan recibir transfusiones de sangre”, *Ética de los cuidados: humanización en salud*, núm 17, 2016.

BLASCO IGUAL, M.C., “El consentimiento informado del menor de edad”, *Revista de bioética y derecho*, núm 35, 2015.

CALZADILLA MEDINA, M.A., “Lo que la patria potestad no ampara”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 74, 2017.

DEL CAMPO ÁLVAREZ, B., “El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm 8, 2018.

DEL RÍO SÁNCHEZ, C., “El consentimiento informado en menores y adolescentes: contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas”, *Información psicológica*, núm extra100, 2010.

DÍAZ MUÑOZ, O., “La objeción de conciencia del menor en los tratamientos médicos”, *Derecho PUCP: Revista de la facultad de derecho*, núm 56, 2003.

GARCÍA ROCHA, M.P., “El reconocimiento efectivo del derecho del menor a decidir sobre su salud”, *Revista de bioderecho.es*, núm 2, 2015.

JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, J.M., “El derecho de información de los usuarios o paciente. Mas allá del consentimiento informado”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, laborum monográfico*, núm 4, 2022.

LIÑAN GARCIA, A., “La protección jurídica del menor: especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa y de conciencia”, *Revista anales del derecho*, núm 32, 2014.

MARKOVA IVANOVNA, A.S., “El derecho de autodeterminación del menor maduro en el ámbito de la salud”, *Revista internacional de investigación en Bioderecho*, núm 6, 2017.

MESA TORRES, M.P., “La libertad religiosa del menor y el ejercicio de la patria potestad”, *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del estado*, núm 53, 2020.

MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El menor un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm 8, 2013.

MONTEJO RIVERO, J. M., “Menor de edad y capacidad de ejercicio: reto del derecho familiar contemporáneo”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm 2, Camagüey, 2012.

MORENO ANTÓN, M., “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, *Anuario de la facultad de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm 15, 2011.

ORTEGA GUTIERREZ, D., “La objeción de conciencia en el ámbito sanitario”, *Revista de Derecho Político*, núm 45, 1999.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M., “Autonomía de la voluntad y derecho de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito sanitario: últimas tendencias en España”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm 16, 2022.

PÉREZ TREVIÑO, J.L., “Testigos de Jehová: entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado”, *Revista para el análisis del derecho*, núm 2, 2010.

REDONDO ANDRÉS, M.J., “La libertad religiosa del menor”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm 20, 2004.

RODRIGO LARA, B., “El ejercicio de la libertad de pensamiento, conciencia y religión del menor de edad en la escuela”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm 17, 2019.

SANTOS MORON, M. J., “Menores y derechos de la personalidad, la autonomía del menor”, El menor ante el derecho en el siglo XXI, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm 15, 2011.

SANTOS MORÓN, M.J., “El interés del menor. Criterios de determinación y de aplicación en casos concretos”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm 38, 2018.

SEOANE, J.A., “El perímetro de la objeción de conciencia médica. A propósito del rechazo de la transfusión de sangres por un paciente testigo de jehová”, *Revista para el análisis del derecho*, núm 9, 2009.

SOSPEDRA NAVAS, F. J., “Comentario a las reformas procesales y sustantivas introducidas, por la Ley Orgánica 8/2021, *Aranzadi digital*, núm 1, Madrid, 2021.

VIDAL GALLARDO, M., “La protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que representa el matrimonio forzado”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm 38, 2022, p. 294.

VIDAL GALLARDO, M., “Libertad de conciencia y derecho a la asistencia sanitaria pública (Particular conflicto en el caso de los testigos de Jehová)”, *Revista telemática stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009.

JURISPRUDENCIA.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 19/1985, 13 de febrero, Aranzadi.

STC 160/1987, de 27 de octubre, Aranzadi

STC 120/1990, de 27 de junio, Aranzadi

STC 58/1995, de 11 de abril, Aranzadi.

STC 166/1996, de 28 de octubre, Aranzadi.

STC 154/2002 de 28 de julio, Aranzadi.

TRIBUNAL SUPREMO

ATS, de 14 de marzo de 1979, Aranzadi.

ATS, de 27 de marzo de 1990, Aranzadi.

STS de 5 de marzo de 1991, Aranzadi.

STS 1993/3338, 14 de abril de 1993, Aranzadi.

STS 950/1997, de 27 de junio, Aranzadi.

STS 583/1995, de 17 de junio, Aranzadi.

STS 3/2001, de 12 de enero, Aranzadi.

STS de 20 de octubre de 2003, Aranzadi.

STS 565/2009, de 31 de julio, Aranzadi.

STS 199/2013, de 11 de abril de 2013, Aranzadi.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ Valencia 316/2014, de 7 de mayo, Iustel.

Yo, Doña CLARA SÁNCHEZ ASENSIO, alumna del Grado en Derecho en la Universidad de Valladolid, asumo la responsabilidad sobre la veracidad de los datos e informaciones recogidos en el presente Trabajo Fin de Grado que lleva por Título “La libertad de conciencia del menor y el derecho a la salud”, realizado bajo la tutela de la Profa. Dra. MERCEDES VIDAL GALLARDO.

Asimismo, declaro y manifiesto que soy consciente de las consecuencias académicas que pueden derivarse de la falsificación de cualquiera de los datos y/o informaciones anteriormente referidas.

En Valladolid, a 28 de junio de 2023.