

# LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A LAS TRANSFUSIONES SANGUÍNEAS (Dos sentencias contradictorias)

Luis ÁLVAREZ PRIETO  
*Universidad Complutense de Madrid*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. DOS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS. A. *Incidencia del hecho religioso*. B. *Comportamiento de los Padres*. C. *Valoración de la negativa del menor a ser transfundido*. III. CAUSAS QUE SUSTENTAN UNA POSIBLE CONTRADICCIÓN. A. *La eximente de arrebató u obcecación*. B. *El supuesto delito de homicidio*. C. *El delito de «comisión por omisión»*. IV. LA LIBERTAD RELIGIOSA ¿CAUSA JUSTIFICATIVA? CONSIDERACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

La objeción de conciencia a la práctica de ciertos tratamientos médicos implica una compleja concurrencia de aspectos jurídicos y deontológicos y apunta a una peculiaridad de esta objeción de conciencia: la de que su análisis no puede ceñirse a la sola perspectiva de la libertad religiosa, sino que tiene su repercusión en el derecho sobre el propio cuerpo, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho-deber que corresponde a los padres en relación a la vida, la salud y educación de sus hijos, etc.; derechos éstos que, al producirse una objeción de conciencia en ese ámbito, entran en colisión con dos intereses públicos de primer orden: el interés del Estado en preservar la vida y la salud de sus ciudadanos y el interés de mantener la integridad ética de la profesión médica, cuyo objeto es procurar la salud de quienes se confía a su cuidado<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> NAVARRO VALLS R., y PALOMINO R., «Las Objeciones de Conciencia». en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, 1994, p. 1130.

Es comúnmente sabido que todos los derechos fundamentales tienen el mismo rango, por lo que en el caso de colisión habrá que determinar cuál sea el preferente. En términos generales, puede afirmarse que en el caso de los tratamientos médicos se parte de la base, tanto en el derecho español como en el derecho comparado, que es necesario respetar la opinión del paciente adulto, a fin de que sea éste quien decida sobre la procedencia o no de la intervención y otorgue el oportuno consentimiento para realizarla, debiendo respetar el facultativo la decisión del paciente.

Los supuestos más interesantes vienen planteados desde la perspectiva de los Testigos de Jehová. En este sentido, ni la Jurisprudencia ni la doctrina ponen en entredicho la capacidad del mayor de edad para negarse a ser transfundido; tal situación se complica tan pronto quien necesita la hemotransfusión es un menor o un incapaz. La colisión viene motivada porque los padres de los menores exigen un derecho absoluto sobre el cuerpo de sus hijos<sup>2</sup>, en tanto que el Estado niega tal derecho en aras a la defensa de la vida de tal menor.

Una serie de pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales penales ha puesto este tema en un primer plano de la reflexión jurídica. Estas líneas se proponen profundizar algo más en la cuestión, haciendo notar las disidencias y discrepancias de las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Huesca y por el Tribunal Supremo.

## II. DOS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS

La primera de ellas ha sido dictada por la Audiencia Provincial de Huesca<sup>3</sup>. La segunda, en instancia superior en grado de apelación, dictada por el Tribunal Supremo<sup>4</sup>. Es de advertir que mientras que en la Sentencia de la Audiencia se absolvió a los procesados, Testigos de Jehová, al igual que el hijo, la Sentencia del Tribunal Supremo condena a los padres como autores de un delito de homicidio, si bien con la atenuante muy cualificada de arrebató u obcecación, o estado pasional.

---

<sup>2</sup> *La familia, su cuidado y protección. Tratamiento médico para los Testigos de Jehová* (publicación interna para los Testigos de Jehová), p. 9.

<sup>3</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca número 196, de 20 de noviembre de 1996. Ponente señor Gutiérrez Celma, por cortesía de la Secretaría de la Audiencia.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997. Ponente señor Granados Pérez. *Diario La Ley* 12 de septiembre de 1997, p. 11.

Los antecedentes de hecho aceptados por el TS son los siguientes:

Como consecuencia de un accidente sufrido por M, de trece años, Testigo de Jehová al igual que sus padres, se recomendó en un hospital de Lérida una transfusión de plaquetas, a lo que los padres del menor se opusieron, rogando que se aplicara algún tratamiento alternativo, por lo que se solicitó al Juzgado de Guardia la autorización para realizar la transfusión, el cuál autorizó la práctica de la misma para el caso de que fuera imprescindible para salvar la vida del menor.

Una vez dada la autorización judicial para la transfusión, los dos acusados *acataron la decisión del Juzgado* de modo que no hicieron nada para impedir que dicha decisión se ejecutara, *aceptándola* como una voluntad que les era impuesta en contra de la suya y de sus convicciones religiosas; es más, *los acusados quedaron completamente al margen en los acontecimientos que seguidamente se desarrollaron*. Haciendo uso de la autorización judicial, los médicos se dispusieron a realizar la transfusión, pero el menor, de trece años de edad, sin intervención alguna de sus padres, *la rechazó con auténtico terror*, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral. Por esa razón, los médicos desistieron de la realización de la transfusión procurando repetidas veces, no obstante, convencer al menor para que la consintiera, cosa que no lograron. *Al ver que no podían convencer al menor, el personal sanitario pidió a los acusados que trataran de convencer al niño*, los cuales, aunque deseaban la curación de su hijo, acompañados por otras personas de su misma religión, no accedieron a ello, pues, como su hijo, consideraban que la Biblia no autorizaba la práctica de una transfusión de sangre, aunque estuviera en peligro la vida.

Por ello, los padres del menor trasladaron a su hijo al Hospital Valle de Hebrón, de Barcelona, donde se le diagnosticó un síndrome de pancetopenia grave, debido a una aplaxia medular, considerando urgente realizar una transfusión, así como al Hospital G también de Cataluña. Posteriormente, el menor fue trasladado al Hospital de Barbastro y más tarde al Hospital M. S. de Zaragoza, al cual llegó con visibles signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral, por cuya causa el menor falleció. Ha de hacerse hincapié que la causa de los sucesivos traslados a distintos hospitales hay que basarla en el hecho de que en tanto que los acusados buscaban un centro médico que practicase un tratamiento al-

ternativo. El personal sanitario de tales centros reiteró que no existía tratamiento alternativo alguno.

Consta en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca que:

«Si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto y a medio plazo una alta posibilidad de supervivencia y, a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada, pudiendo llegar a tener, con el pertinente tratamiento apoyado por varias transfusiones sucesivas, una esperanza de curación definitiva de entre el 60 al 80 por 100, si la enfermedad sufrida era una leucemia aguda linfoblástica, que es la enfermedad que, con más probabilidad, padecía el hijo de los acusados, pero sólo a título de probabilidad, pues, al no hacerse en su momento las transfusiones, ni siquiera hubo ocasión para acometer las pruebas pertinentes para diagnosticar la concreta enfermedad padecida, que por poder, aunque con menor probabilidad, también podía tratarse de una leucemia aguda, en la que, a largo plazo, el pronóstico ya sería más sombrío». (FJ 2)

La Audiencia Provincial de Huesca absuelve a los acusados. Contra dicha sentencia interpuso el Ministerio Fiscal recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 849,1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación de los artículos 11 y 138 ambos del CP. El Ministerio Fiscal sustenta el recurso en los siguientes argumentos, que, como es lógico, resumo:

a) El consentimiento del menor —en este caso de trece años de edad— carece de relevancia jurídica en orden a aceptar o rechazar un determinado tratamiento médico, correspondiendo dicha facultad a los padres, tutores o guardadores de hecho.

b) Los padres, al no consentir que fuera prestada la asistencia sanitaria necesaria para la vida de su hijo, realizan la conducta prevista en el artículo 138 CP (homicidio) en la modalidad de comisión por omisión dolosa, por concurrir en ellos la condición de garantes (art. 11 CP) y existir nexo causal entre la omisión y el resultado.

c) La conducta omisiva descrita en el relato fáctico de la sentencia y atribuida a los procesados fue motivada por las creencias religiosas de aquéllos, contrarias al concreto tratamiento médico exigido.

d) La vulneración del derecho a la vida no puede justificarse jurídicamente por la invocación del también derecho a la libertad religiosa, que únicamente podrá tener un valor modificativo-atenuado de la responsabilidad criminal contraída.

La defensa de los procesados alega:

1. Que los padres acataron lo ordenado por el Juzgado.
2. Que los acusados «quedaron al margen de los acontecimientos que luego se desarrollaron».
3. Que los padres buscaron en todo momento la salvación del niño, recorriendo diversos centros hospitalarios.

Por su parte, el Tribunal Supremo declara como ciertos los siguientes extremos:

1. Que los médicos declararon que el menor se encontraba en situación de alto riesgo, por lo que prescribieron la transfusión.
2. Que los padres del menor se opusieron a dicha transfusión, solicitando que se realizara otro tratamiento alternativo, contestando los facultativos que desconocían ningún otro tipo de tratamiento.
3. Consta que el Juzgado otorgó el permiso necesario para realizar la transfusión.

Es de destacar en este punto que no se declara como cierto el hecho, a mi modo de ver importantísimo, relativo a la circunstancia de que «los dos acusados acataron la decisión del Juzgado, que les fue notificada, de modo que no hicieron nada para impedir que dicha decisión se ejecutara, aceptándola como una voluntad que les era impuesta...».

4. Se declara como cierto que: cuando los médicos se dispusieron a realizar la transfusión, el menor la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación, que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral, desistiendo de su realización, sin que consiguieran convencer al menor para que la consintiera, por lo que pidieron a los acusados que trataran de convencer al niño, los cuales no accedieron a ello.

5. De igual modo, se admiten los sucesivos traslados del menor a distintos centros hospitalarios, alguno de ellos de carácter particular, a fin de que se le administrara una medicación alternativa.

Se admite que de haber recibido a tiempo la transfusión de sangre que precisaba, el menor hubiera tenido probabilidades de supervivencia.

6. Por último, se advierte que la transfusión de sangre era el único tratamiento para salvar la vida del niño, sin que existiera otra alternativa.

En cuanto a la fundamentación jurídica se refiere, el Tribunal Supremo sienta las siguientes premisas:

1.<sup>a</sup> El nuevo CP contiene en su artículo 11 una regulación expresa de la comisión por omisión mediante una cláusula general.

2.<sup>a</sup> Se manifiesta que según el artículo 39.1.º CE, los padres, tienen el deber de asistencia, y por ello tenían la obligación moral de proteger la vida del hijo.

3.<sup>a</sup> Se hace hincapié en los siguientes extremos: 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.

4.<sup>a</sup> La sentencia mantiene: el dolo en los delitos de omisión ha sido objeto de especial consideración en la doctrina del Tribunal Supremo. Así la Sentencia de 19 de enero de 1994, haciendo referencia a otra de 30 de junio de 1988, destaca que en los delitos de omisión el dolo «se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa».

5.<sup>a</sup> Se reconoce que: los acusados tuvieron pleno conocimiento de la situación, que generaba su deber de actuar; no se les ocultaba el deber de prestar a su hijo la asistencia médica que era exigida para salvarle la vida.

6.<sup>a</sup> Se afirma que si bien es cierto que los padres no querían la muerte de su hijo, haciendo denodados esfuerzos para buscar alternativas a la rechazada transfusión de sangre, a pesar de que se les había informado, reiteradas veces, que tales alternativas no existían. Pero en cuanto con su negativa a la transfusión impedían que se pudiera prestar a su hijo el único tratamiento médico que podía salvarle la vida.

Desde mi punto de vista, parece más ajustada a Derecho la sentencia de la Audiencia de Huesca que la dictada posteriormente por el Tribunal Supremo; ésta, según mi criterio, no ha sopesado debidamente varias circunstancias, que evidentemente habrían de incidir en el resultado final.

#### **A. Incidencia del hecho religioso**

En primer lugar, el TS ha dejado en su sentencia en segundo plano la adscripción religiosa, tanto de los padres como del hijo. El aspecto religioso ocupa un lugar secundario en la consideración de dicha sentencia,

cuando en realidad es precisamente el agente disparador de la actitud tanto de los padres como del propio hijo, como veremos a continuación. Es preciso destacar el hecho de que tanto uno como los otros eran seguidores de los Testigos de Jehová, y si esta religión prohíbe las transfusiones sanguíneas, en principio, se impone el respeto a tales creencias. Distinto es que en el supuesto de que entren en colisión dos derechos fundamentales, el derecho a la vida tenga prioridad. En este sentido, los Testigos mantienen que aman la vida, no desean la muerte ni para sí ni para sus hijos<sup>5</sup>. Simplemente, lo que ya es bastante, no aceptan las transfusiones de sangre, por lo que exigen la aplicación de tratamientos alternativos<sup>6</sup>.

## **B. Comportamiento de los padres**

Una segunda circunstancia que no parece debidamente sopesada en la Sentencia del Tribunal Supremo reside en el peregrinaje de los padres del menor por los distintos hospitales, alguno de ellos de pago, con el fin de buscar tratamientos alternativos para evitar la muerte del hijo. Aparece probado que los padres trasladaron al hijo con el fin antes indicado a Barbastro, Barcelona, Lérida y Zaragoza, lo que viene a acreditar que tenían verdadero interés en que el hijo sanara, tratando de encontrar de entre los diferentes hospitales alguno que, evitando la hemotransfusión, utilizase algún medio idóneo para tal fin, con el propósito de no atentar contra el principio religioso de los Testigos, que como sabemos rechazan la transfusión de sangre.

Por contra, se resalta en la sentencia un hecho que, a mí al menos me ofrece serias dudas. Se destaca la circunstancia de que los padres no querían la muerte de su hijo «haciendo denodados esfuerzos para buscar alternativas a la rechazada transfusión de sangre, a pesar de que se les había informado reiteradas veces de que tales alternativas no existían...»; al llegar a este estado de cosas, hemos de poner un punto de atención respecto de tal aseveración, pues una cosa es que no existan alternativas a la transfusión y otra muy distinta es que tales alternativas no sean todo

---

<sup>5</sup> *La familia, su cuidado y protección, tratamiento médico para los Testigos de Jehová* (publicación interna para los Testigos de Jehová) Sección Ético-legal, p. 6.

<sup>6</sup> *La familia, su cuidado y protección, tratamiento médico para los Testigos de Jehová* (publicación interna para los Testigos de Jehová), Sección Ético-legal, p. 13.

lo efectivas que debieran; es distinto afirmar que la sangre no tiene sustituto alguno a decir que los posibles sustitutos no tienen la misma eficacia que la sangre respecto a la concreta enfermedad que el menor padecía. Si existen soluciones alternativas, yo juzgo que deben utilizarse cuando estemos en presencia de una hemotransfusión de un Testigo de Jehová, y tan sólo cuando tales soluciones alternativas fracasen se podrá actuar como procedieron los facultativos de los hospitales antes citados, es decir, intentando realizar la hemotransfusión.

Se nos dice que tales alternativas no existen. Sin embargo, han sido apuntadas varias de ellas, en varios libros especializados, tales como «Diagnóstico y tratamiento clínicos», «Bases farmacológicas», «Hematología clínica» entre otros: La «sangre artificial» se está utilizando o bien como expansores de volumen, o bien como transportadores de oxígeno. El suero salino y el lactato de Ringer «son muy valiosos para el tratamiento inicial de hemorragias y el *shock* de los quemados hasta que se disponga de los componentes terapéuticos definitivos». «Los dos restauran temporalmente el volumen intravascular, por lo que suele ser necesario un tratamiento adicional.» «El Vextrano 70 y el almidón hidroxietílico tienen una media de circulación de unas seis horas.» Ambos están comercializados en EE.UU.

Por lo que respecta a los transportadores de oxígeno, hay que destacar «la hemoglobina como sustituto lógico de los hematíes y los productos químicos perfluorados que necesitan una concentración de oxígeno al 100 por 100». Hay que advertir que uno de tales productos químicos perfluorados es el Fluosol D-A, que tiene una capacidad de transporte de oxígeno de 7,2 volúmenes por volumen a 37°C lo que equivale a un tercio de la capacidad que poseen los hematíes. Se está administrando el Fluosol D-A en Japón y en EE.UU.

Después de las anteriores consideraciones, hay que advertir que «los perfluorados sólo pueden resolver el problema del transporte de oxígeno», y «probablemente nunca puedan sustituir otras funciones de la sangre»<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Laboratorios TOOD-SANFORD-DAVIDSON, *Diagnóstico y Tratamiento Clínicos*, 8.ª edición, vol. II, Salvat 1988, p. 1259.

GOODMAN AND GILMAN. *Las bases farmacológicas de la terapéutica*, 9.ª edición, McGraw-Hill Interamericana, 1996, pp. 1398 y ss.

Marlis L. SCHROEDER y Larry L. RAYNER, en *Wintrobe: Hematología Clínica.*, Edición Intermédica, 9.ª edición, 1994, p. 570.

A la vista de cuanto antecede, no es del todo cierta la afirmación rotunda de que no existen soluciones alternativas, que según parece existen, y están comercializadas. El problema reside en determinar si, al menos como terapia de choque, pueden ser utilizadas tales soluciones, así como resolver acerca de la efectividad de las mismas; si han de ser auxiliadas con otro tratamiento, y por último ha de decidirse respecto de la prosperabilidad de tales técnicas y productos, dejando a salvo, claro está, la bondad terapéutica de la sangre.

Pero el *quid* de la cuestión planteada no está, en este caso concreto, en conocer si existen soluciones alternativas o no al problema de la hemotransfusión, sino en determinar si en este supuesto podían haberse utilizado soluciones alternativas o no.

No debe olvidarse que no es admisible, desde el punto de vista clínico tratar a todos los enfermos por igual, ya que pueden existir casos en los que baste la simple aplicación de una solución salina, el dextrán, el lactato de Ringer, etc., pero en muchos otros supuestos se impone la transfusión de sangre<sup>8</sup>. Es de destacar el hecho de que, en el caso que nos ocupa, la leucemia que el menor padecía no está producida por el accidente sufrido por el menor, sino que dicho menor ya sufría de leucemia, enfermedad que se detectó como consecuencia del accidente.

### **C. Valoración de la negativa del menor a ser transfundido**

Un punto que no debe pasar por alto en torno a la posible condena de los padres reside en el hecho de la negativa del menor a ser hemotransfundido. Es evidente que las manifestaciones de un menor no tienen transcendencia jurídica; según aparece recogido, y con razón, en ambas sentencias, pero una cosa es que la oposición a la transfusión por parte del hijo no deba tener tal repercusión, y otra muy distinta que tal postura no tenga cierta trascendencia en orden a la valoración de los hechos para sopesar la conducta de los padres. Dígase lo que se quiera, lo cierto es que si la negativa a la transfusión por parte del menor no debe tener transcendencia jurídica, no es menos cierto que a los trece años se tiene capacidad para distinguir lo bueno y lo malo, lo que es correcto hacer y lo

---

<sup>8</sup> Datos facilitados por el Doctor Sáez Pavón, Jefe del Servicio de Hematología del Instituto Capitán Médico Ramón y Cajal, de Madrid.

que no procede realizar, o sustentar con mayor o menor firmeza las ideas religiosas de una persona, y sobre todo a los trece años se está en condiciones de medir y sopesar determinadas conductas y consecuentemente responder de su trascendencia; y el hecho cierto es que el menor reaccionó con verdadero terror y además de forma violenta. A la vista está, pues, que si los menores de determinada edad pueden ser oídos en vías civil y penal, no parece muy lógico que no deban ser oídos en otros órdenes de la vida, sin perjuicio de la mayor o menor repercusión jurídica de sus manifestaciones.

A propósito de la decisión de impedir la hemotransfusión por parte del menor a la que se hace referencia en los antecedentes de hecho se está empezando a contemplar la posibilidad de que un menor, pero capaz de tomar decisiones respecto a su salud, pueda, como es el caso, oponerse a que se le practique una transfusión.

La convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de Naciones Unidas) mantiene en su artículo 12:

«Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse en juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.»

El Instituto Nacional de la Salud español señala las posibles consecuencias de no informar al menor y permitirle dar su consentimiento:

«Es de subrayar que la prestación del consentimiento podrá otorgarla por sí mismo el menor de edad al tratarse de un acto relativo a derechos de la personalidad, conforme al artículo 162.1.º del Código Civil [...] de acuerdo con sus condiciones de madurez [...] El incumplimiento de estas obligaciones por parte del médico o equipo médico dará lugar o podrá darlo, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria, a las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar»<sup>9</sup>.

La revista internacional *Human Rights Law Journal* publicó la sentencia de un Tribunal Superior de Canadá respecto a un joven de quince años que había rechazado transfusiones de sangre:

«El grado de madurez no es igual en cada caso, y puede verse afectado por las circunstancias [...]. Creo que (él) es lo suficiente maduro como

---

<sup>9</sup> Dictamen de la asesoría jurídica del Instituto Nacional de la Salud, enero de 1989.

para expresar una opinión sólida, como así me lo ha demostrado. Estoy convencido de que se trata de un joven adulto y maduro. Su voluntad es que no se le administren productos sanguíneos y, además, estoy convencido de que si la directora, amparada por una orden de este Tribunal, contrariara de algún modo sus deseos, su bienestar personal sufriría –en un sentido muy real– un duro revés, pues creo que su deseo de luchar contra la enfermedad y de colaborar con el tratamiento se verían seriamente afectados.»

El Tribunal de Apelaciones de New Brunswick (Canadá), llegó a la misma conclusión en favor de un menor de quince años que rehusó transfusiones de sangre. Al comentar la decisión en el caso *Malette v. Shulman*, los cinco jueces concluyeron:

«Ha quedado demostrado con creces que (J.) es suficientemente maduro y que, en estas circunstancias, el tratamiento propuesto busca su beneficio y la conservación de su salud y bienestar [...] Bajo tales circunstancias, se han de respetar los deseos del menor maduro de negarse a las transfusiones de sangre»<sup>10</sup>.

El decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, A. Jorge Barreiro, enfatiza que el derecho del menor de elegir su tratamiento ha de ser respetado incluso si hay discrepancias con el padre o tutor:

«En caso de conflicto entre la voluntad del paciente menor de edad, pero con capacidad natural de juicio y de discernimiento, y la del representante legal, el médico ha de atenerse a aquélla (la voluntad del menor capaz de decidir), pues en el tratamiento médico, donde están en juego bienes tan personales como la salud o la vida del paciente, tiene carácter preferente la voluntad de éste –aunque sea menor de edad–, si puede comprender el alcance del acto al que se va a someter y reúne las condiciones de madurez suficientes para consentir»<sup>11</sup>.

A la vista de todo ello, no parece que se pueda fijar a priori una edad determinada para ejercer el consentimiento en cuestiones médicas. Si un menor comprende que el resultado es incierto, que el tratamiento entraña riesgos y que hay tratamientos disponibles que ofrecen beneficios, el

---

<sup>10</sup> JORGE BARREIRO, A., «Consentimiento informado y autonomía del paciente. Humanidades médicas. Derecho sanitario», *Revista Jano*, vol. 48, marzo 1995, núm. 1114, p. 60.

<sup>11</sup> JORGE BARREIRO, A., «Consentimiento informado y autonomía del paciente. Humanidades médicas. Derecho sanitario», *Revista Jano*, vol. 48, marzo 1995, núm. 1114, p. 60.

ordenamiento jurídico otorga a estos menores maduros el derecho a tomar las decisiones médicas que les afecten; otra cosa distinta es el valor jurídico que ha de darse a tales decisiones.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en su artículo 3.1 prevé que «el consentimiento de los menores o incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil» y añade en su apartado 2 que, «en los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito presentado por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Pero como la Ley no señala edad, es el Juez el que tiene que decidir cuándo el menor tiene suficiente juicio. Este artículo que nos ocupa hace causa del artículo 162.1 del Código Civil, así como del mismo artículo que *in fine* añade que «para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158».

España suscribió el «Instrumento de Ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989», el 30 de noviembre de 1990, que se publicó en el BOE de 31 de diciembre de 1990, y tal Pacto Internacional, convertido en Derecho interno (art. 96.1 de la Constitución Española) reconoce al niño (por tal hay que entender 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 –art. 1.º–) entre otros, los siguientes derechos: *a)* al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño (art. 12.1); *b)* se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano adecuado, de acuerdo con las normas de procedimiento de la ley nacional (art. 12.2); *c)* el niño tendrá derecho a la libertad de expresión; tal derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresos ... (art. 13.1); *d)* los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 14.1).

e) los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas (art. 15.1); f) los Estados Partes velarán para que el niño tenga acceso a la información y material procedentes de diversas fuentes, nacionales e internacionales (art. 17), etc.

Tal Pacto internacional ha determinado, muy tardíamente, entre nosotros la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el artículo 9 de aquella norma determina que el menor ha de ser oído<sup>12</sup>.

«El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social...

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio...»

El Consejo de Europa, en su Recomendación 1121, (1990), mantiene que el menor es un titular de derechos y propone, entre otras cosas, que los Estados miembros nombren un mediador especial para los niños, que puede aconsejarles, informarles de sus derechos, intervenir y, en su caso, ejercer acciones en su nombre.

El Código de Deontología francés establece: «El médico, llamado a dar sus cuidados a un menor o un mayor incapaz, debe esforzarse en prevenir a los parientes o al representante legal y obtener su consentimiento. En caso de urgencia, o si aquéllos no pueden estar juntos, el médico debe prestar los cuidados necesarios. Si el incapaz puede emitir opinión, el médico debe tenerle en cuenta en la medida de lo posible. En cuanto al Decreto de 14 de enero de 1974, relativo al funcionamiento de los centros hospitalarios, padre, madre o tutor deben firmar una autorización escrita de operar al menor o incapaz. «En caso de que rehúse de firmar esta

---

<sup>12</sup> PANTOJA GARCÍA, F., *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, editorial Colex, 1997, p. 43.

MARTÍNEZ PEÑA, E. *La libertad religiosa (cuestiones éticas fuera de la frontera de lo jurídico)*, en revista mensual editada por la editorial Tapia, diciembre 1997, p. 70.

autorización, no puede procederse a la intervención quirúrgica, salvo caso de urgencia» (art. 29).

La Ley francesa de 8 de enero de 1993, aplicable el 1 de febrero de 1994, ha creado el juez para los asuntos familiares; es un magistrado encargado de velar por la salvaguarda de los intereses del niño y que se tornará único interlocutor de los parientes en conflicto. Esta Ley ha dado un importante paso en el reconocimiento del derecho de expresión del menor al ser escuchado por el juez y no estando subordinado por su edad, sino por su capacidad de discernimiento y el interés que le represente dicho procedimiento.

En el Derecho inglés, el Acta sobre el Derecho de Familia la fija la capacidad para decidir en los dieciséis años y distingue, según las características de la intervención médica, y la regla general suele ser la validez del consentimiento otorgado por los mayores de dieciséis años sin precisarse el consentimiento de los padres. Ahora bien, en cirugía mayor o intervenciones de alto riesgo, se aconseja informar a los padres, salvo que el paciente no lo autorice. Con relación a los menores de dieciséis años, hay que distinguir según los diversos tratamientos, pero la regla general es que el menor debe ser informado y consentir, en su caso, cuando sea capaz de comprender la finalidad, naturaleza y riesgos de la intervención<sup>13</sup>.

El artículo 162-1.º del Código Civil mantiene:

Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros, que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

Como he venido manteniendo, una cosa es que no estemos en presencia de un menor maduro teniendo en cuenta que la edad del mismo era de trece años, y otra muy distinta que no se hubieran valorado los deseos del menor a la hora de sopesar la posible culpabilidad de los padres, y con mayor razón aún cuando éstos no se opusieron a la hemotransfusión ordenada por el juez, a lo que hay que añadir el hecho de que ante

---

<sup>13</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., Ponencia en el IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario titulada «La minoría madura», p. 19.

la negativa del menor a ser transfundido comenzó el peregrinaje pater-  
no en busca de un tratamiento alternativo.

No debe olvidarse que para los Testigos de Jehová tan pronto se anun-  
cia la realización de una hemotransfusión, su propia religión impone el  
traslado a otro hospital en búsqueda de terapia alternativa, por lo que, al  
menos desde la perspectiva estrictamente religiosa, la búsqueda de tales  
métodos, y consecuentemente las idas y venidas a Lérida, Barcelona y  
Zaragoza, parecen correctas<sup>14</sup>.

Desde el punto de vista de la actuación de los médicos, han de ha-  
cerse las siguientes observaciones:

1) Los médicos aceptaron el consentimiento judicial puesto que el  
juez permite que se practique la hemotransfusión a fin de no incurrir en  
responsabilidad, pero lo que el facultativo no puede hacer es imponer  
*manu militari* una transfusión no querida ni por los padres, ni aceptada  
por el hijo.

Romero Casabona, estima que la negativa del médico a transfundir  
podía generar una omisión de socorro o un homicidio por omisión, pero  
concluyó que cuando la libertad religiosa se enfrenta a la vida, el recha-  
zo del menor maduro no tiene valor. La crítica a la sentencia es que «se  
puede pedir a los padres que no obstruyan la orden judicial, tal y como  
hicieron, pero no que ordenen una transfusión y convenzan al hijo».

2) Me parece correcta la postura del profesor Romero Casabona, ya  
que, aún admitiendo que no existía madurez en el menor, destaca el prin-  
cipio de libertad religiosa en relación con el principio de defensa de la  
vida<sup>15</sup>.

3) Si como mantiene Romero Casabona se puede pedir a los padres  
que no obstruyan la orden judicial (no hay que olvidar que los padres  
aceptaron tal orden), pero no que permitan una transfusión y convenzan  
al hijo para que la acepte, no parece admisible la sentencia condenato-  
ria, porque a los padres no les quedaba otra salida, ante la reiterada y fir-

---

<sup>14</sup> *La familia, su cuidado y protección. Tratamiento médico para los Testigos de Jeho-  
vá* (publicación interna para los Testigos de Jehová), Sección Ético-Legal, p. 21.

<sup>15</sup> Yo continúo manteniendo que, si bien es verdad que no se estaba en presencia de un  
menor maduro, no es menos cierto que ha de tenerse en cuenta la postura rebelde del me-  
nor en orden a la posible condena de los padres. Ninguna de las dos sentencias hace refe-  
rencia a un estudio siquiera medianamente serio respecto a la madurez, personalidad, etc.,  
del menor.

me oposición del hijo a ser transfundido, que la de comenzar la búsqueda de una clínica que proporcionase una solución alternativa <sup>16</sup>.

4) He dejado para el final el comentario a la idea de la sedación para lograr la transfusión. Mi criterio es que el haber actuado de tal manera por parte de los médicos y haber realizado la transfusión a la fuerza no deja de ser un atentado a la libertad religiosa.

En este punto hay que tener muy en cuenta la postura del menor que aunque no sea maduro tenga capacidad de discernimiento o no, y sea o no capaz de manifestar su oposición a la hemotransfusión. En el supuesto de que exista oposición tanto por parte del menor como de los padres, es indudable que se impone la transfusión en cumplimiento de la orden judicial, pero es muy dudoso que a un menor, aún no maduro, deba ser sedado para imponer una transfusión por muy juez que sea quien lo haya ordenado, toda vez que, quíerose o no, se va a producir un atentado contra la libertad religiosa del menor, sea éste fanático o no, atentado tanto desde el punto de vista moral como jurídico. Desde el ángulo moral es obvio que una transfusión llevada a cabo a la fuerza, tiene una repercusión en la conciencia del individuo como en la siquis del mismo <sup>17</sup>. Pero desde otro punto de vista jurídico se está produciendo una transgresión manifiesta. El artículo 2.1.a) de la LOLR hace referencia a la inmunidad de coacción, respecto al derecho de toda persona a profesar las creencias religiosas que elija, lo que me lleva a plantear las siguientes interrogantes:

1) ¿Los Testigos de Jehová están inscritos en el Registro de Asuntos Religiosos? Si lo están, gozan de protección jurídica como cualquier otra religión.

2) Si están inscritos y gozan de protección, el Estado y la sociedad deben asumir la problemática que plantean en cuanto se refiere a las posibles hemotransfusiones de todos sus miembros, incluso las de los menores.

3) El apartado 3.º del artículo 2.º de la LOLR hace referencia a la toma de medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en de-

---

<sup>16</sup> ROMERO CASABONA C. M., «La disponibilidad de la propia vida y el rechazo al tratamiento vital, Humanidades médicas, Derecho Sanitario». *Revista Jano*, 22-28 de junio de 1990, vol. XXXIX núm. 913, p. 39.

<sup>17</sup> *La familia, su cuidado y protección*, cit., Sección Ético-Legal, p. 28.

terminados centros, incluidos los hospitales. Es cierto que la hemotransfusión no encaja dentro del concepto asistencia religiosa pero surge el interrogante acerca de si se puede extrapolar el concepto de asistencia religiosa a determinados supuestos como el de los Testigos, donde la religión adquiere unas características insospechadas en torno a las transfusiones.

Continuando con esta línea de pensamiento, me pregunto también si los Testigos de Jehová tienen o no derecho a exigir respeto a la situación creada como consecuencia de la negativa a admitir las hemotransfusiones, teniendo en cuenta que tal conducta de rechazo tiene su razón de ser en una fuerte convicción religiosa y no en razones meramente caprichosas o más o menos fanáticas; y unido a todo ello, habría que admitir que la negativa a transfundir es una consecuencia del hecho religioso que tan sólo a ellos les afecta. Como resultado, habría que plantearse si la negativa a transfundir tiene su base o no en el hecho del ejercicio del derecho fundamental de la libertad religiosa o es el resultado o la consecuencia del ejercicio de la misma. Yo juzgo que la respuesta necesariamente ha de ser afirmativa, en el sentido de que la negativa a la práctica de una hemotransfusión aparece fundamentada dentro del ejercicio de una actividad religiosa como consecuencia de una ideología también religiosa. El problema que se plantea es que el artículo 16 CE garantiza la libertad religiosa de los individuos y de las comunidades, por lo que, al menos en principio, se debiera respetar la negativa a la transfusión, ya que la única limitación constitucional reside en las manifestaciones, no existe ninguna otra cortapisa, salvo la que hace referencia al orden público. Por este camino, evidentemente no cabe imponer una transfusión. De otro lado, el artículo 3 LOLR establece unos límites únicos, tales como el ejercicio de los derechos de los demás, así como la salvaguardia de la moralidad y salud pública. Por esta vía nos vamos a encontrar con que resulta improcedente la aplicación de la norma citada, pues el hecho de que yo rechace la transfusión no afecta a la salud pública, en tanto no se demuestre lo contrario<sup>18</sup>. Otra cosa dis-

---

<sup>18</sup> COBREROS MENDAZONA E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*; Instituto Vasco de Administración Pública; Oñate, 1988, pp. 311 y 317.

ASUA BATARRITA A. «Tratamiento curativo sin consentimiento del paciente y responsabilidad penal. Humanidades Médicas. Derecho Sanitario», *Revista Jano*, 3-9 de marzo 1995, p. 45.

tinta es la protección de la vida, integridad, salud, cuya salvaguarda corresponde al Estado <sup>19</sup>.

Haciendo hincapié en lo dispuesto en el artículo 16 CE, en la LOLR y en los Convenios Internacionales, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 15 de abril de 1991 mantiene «el rechazo de la transfusión de sangre por motivos religiosos no puede calificarse como contraria a la seguridad pública, ni al orden público, ni a la salud o a la moral pública, ni a la protección de los derechos y libertades de los demás...».

En el mismo sentido se decanta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 4 de marzo de 1992 <sup>20</sup>.

### III. CAUSAS QUE SUSTENTAN UNA POSIBLE CONTRADICCIÓN

La solución del conflicto se pretende resolver mediante la aplicación de una posibilidad de elección entre dos derechos fundamentales y decidiendo cuál de los dos es el preferente. Por ello, se produce una situación entre el derecho a la vida y a la integridad física, y el derecho a la libertad religiosa, que se resuelve dando preferencia al primero de los derechos <sup>21</sup>.

Pero al llegar a este punto ha de hacerse una previa observación, que voy a estructurar en distintos apartados:

A) Los Tribunales prestan protección al derecho a la vida, sin embargo los Testigos de Jehová, aun deseando vivir, colocan en primer lugar su libertad religiosa, en tanto que pasa a un segundo plano el derecho a la vida en el supuesto concreto de las transfusiones <sup>22</sup>.

B) Quienes mantienen como primer objeto de protección la vida, no participan de las ideas religiosas de los Testigos de Jehová, por lo que

<sup>19</sup> PANTOJA GARCÍA, F., ob. cit., pp. 48 a 50.

<sup>20</sup> ROMEO CASABONA C. M., «Los Testigos de Jehová y el rechazo a las transfusiones de sangre. Humanidades Médicas. Derecho Sanitario», *Revista Jano*, 3-9 de marzo 1995, p. 65.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ BERMEJO, M., «Autonomía personal y tratamiento médico», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 13 de enero de 1994, p. 1

ROMEO CASABONA C. M., *El médico y el Derecho Penal*, p. 374.

<sup>22</sup> COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 299.

resulta difícil que lleguen a comprender las especiales características y transcendencia religiosa que para los Testigos pueda tener el hecho de no comer sangre.

C) No se ha calibrado el posible trauma moral, emocional y psicológico que puede afectar a un Testigo de Jehová cuando se le impone una hemotransfusión en contra de sus creencias religiosas, que se hace extensivo, por supuesto, a los menores, también Testigos, a los que como en el presente caso se les pretende imponer una transfusión<sup>23</sup>.

D) En base a lo anterior, juzgo que debe aceptarse, cuando menos a priori, los métodos alternativos a los que se ha hecho referencia.

E) Si bien en un tiempo no muy lejano se daba preferencia al derecho a la vida sobre el derecho a la libertad religiosa, se está abriendo paso entre la doctrina científica dar preeminencia, y muy superior, al derecho a la vida, a derechos inviolables, tales como la dignidad de la persona y al desarrollo de la personalidad, por lo que por este camino quedaría en entredicho poner como primer derecho fundamental el relativo a la vida<sup>24</sup>.

Me inclino a admitir a priori tal tendencia, teniendo en cuenta, en primer lugar, que el artículo 10 de la Constitución aparece como pórtico y resumen del reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales, y luego por el hecho de que en el supuesto de que la imposición de una transfusión no deseada implica una manifiesta violación o atentado contra la dignidad individual y contra los valores de una persona que necesariamente han de ser respetados. En este sentido, ha de admitirse que no pueden exigirse a todas las personas que sean portadoras de idénticos

---

<sup>23</sup> MARTÍNEZ PEÑA, E., *La libertad religiosa (cuestiones éticas fuera de la frontera de lo jurídico)*, Revista mensual editada por la editorial Tapia, diciembre de 1997, p.65.

*La familia, su cuidado y protección. Tratamiento médico para Testigos de Jehová*, cit. Sección Etico-Legal p. 24.

<sup>24</sup> COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, cit., p. 306.

ROMEO CASABONA, C. M., «Disponibilidad de la propia vida. Derecho sanitario y el rechazo del tratamiento vital. Humanidades médicas. Derecho sanitario», *Revista Jano* 22-28 de junio de 1990, p. 294.

*Comité de ética. Orden hospitalaria de San Juan de Dios. Compartiendo ese tiempo del enfermo terminal*, p. 109

ROMEO CASABONA, C. M., *Jornadas sobre derecho a la información de los pacientes y familiares*, INSALUD, Tenerife 1992.

LANDROVE DÍAZ, G., «El derecho a una muerte digna», *Diario La Ley*, 20 de abril de 1998, núm. 4523, p. 1.

valores, ni que tampoco es exigible que mantengan un mismo orden en la escala de esos mismos valores<sup>25</sup>.

Un examen exhaustivo de la regulación legal del tratamiento sanitario ha sido hecho por Bueno Arús, llegando a la conclusión de que el enfermo tiene derecho a rechazarlo, porque sería contrario a la dignidad de la persona... la imposición obligatoria de un tratamiento médico, negando al enfermo la libertad de elegir entre el riesgo o el dolor de un tratamiento y el riesgo o el dolor de la propia enfermedad, que ha de ser una decisión eminentemente personal.

«No podemos ignorar la importancia que toda la doctrina ha otorgado a la dignidad de la persona humana como punto de referencia de todos los derechos fundamentales, cimiento de todo el edificio constitucional, principio material de justicia y límite inmanente del derecho positivo. A ello hay que añadir que la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes no es más que una proyección de la dignidad humana...»<sup>26</sup>.

La transfusión de sangre realizada contra la voluntad del paciente constituye un trato inhumano y degradante que, salvo excepciones, no queda amparado por causa de justificación alguna. En la medida que la transfusión de sangre: «a) implica una agresión física, aunque sea mínima, b) provoca riesgos, por leves que sean, para la salud; c) el consentimiento no procede de quien se encuentra en estado de necesidad, sino de un tercero y d) se realiza contra la voluntad del agredido, no puede quedar exenta de responsabilidad criminal por aplicación del artículo 8.7.º del Código Penal (art. 20.5 del vigente Código Penal), aunque se realice para

---

<sup>25</sup> PEREIRA ANDRADE, A., «Derecho al rechazo del tratamiento en la doctrina y praxis españolas y comparadas. Humanidades Médicas. Derecho Sanitario», *Revista Jano*, 22-28 de junio de 1990, p. 55.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 9, 3.ª época, julio de 1998.

MARTÍNEZ MATEO, R., *Bioética y Derecho*, Ariel. 1997, p. 106.

COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, cit., p. 308.

MORALES PRATS, F., *Adecuación social y tutela penal del honor, perspectiva despenalizadora*, CPC. 1988; 36-683.

ROME CASABONA, C. M., «Los Testigos de Jehová y el rechazo a las transfusiones de sangre. Humanidades Médicas». *Revista Jano*, 3-9 de marzo de 1995, p. 64.

<sup>26</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. «Los Testigos de Jehová y la transfusión de sangre. Humanidades Médicas, Derecho Sanitario», *Revista Jano*, 3-9 de marzo de 1995, p. 68.

evitar otro mal, incluso la muerte. La razón estriba en la falta de adecuación con valores elementales indispensables para la convivencia social, como es el respeto a la voluntad ajena, la necesidad de no otorgar a nadie poderes excepcionales de intervención en los intereses ajenos y la obligación de no practicar tratos inhumanos y degradantes. De ahí que quien, contra la voluntad del paciente, realiza una transfusión de sangre para salvar su vida, comete, al menos, un atentado contra la libertad –si no una lesión o, al menos, un maltrato de obra– no amparado por la exigencia de estado de necesidad»<sup>27</sup>.

Desde otro ángulo, se dan en el caso que analiza situaciones que necesitan ser puntualizadas, a saber: la exigencia de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato u obcecación (art. 21.4.º del Código Penal), el concepto de homicidio, y la referencia a los delitos de omisión.

#### **A) La exigencia de arrebato u obcecación**

En relación con la exigencia de arrebato u obcecación hay que advertir que, como ya dije antes, la Sentencia del Tribunal Supremo no se detiene a considerar un hecho típico, característico y de vital importancia respecto a su influencia a la hora de dictar la Sentencia, cual es el fenómeno religioso y su influencia en las decisiones tomadas por los padres, así como en las manifestaciones del menor. Normalmente, el hecho religioso no produce en la síquis fenómenos que puedan calificarse como constitutivos de estados pasionales, sino que como consecuencia de determinada ideología religiosa se posee determinada filosofía ante la vida o determinada actitud ante la muerte. En el caso de los Testigos de Jehová, la muerte no es querida, como se ha visto, lo que ocurre es que se prefiere la muerte antes de transgredir el texto bíblico, cuya interpretación será equivocada o no, pero necesariamente ha de ser respetada.

En relación con el trastorno mental transitorio o los estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato u obcecación (art. 21.3.º del Código Penal) u otro estado de entidad semejante, nuestro Tribunal Supre-

---

<sup>27</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., ob. cit., p. 67.

NAVARRO VALLS, R.; MARTÍNEZ TORRÓN J., y JUSDADO, M. A., «Objeción de conciencia a los tratamientos médicos: Derecho Comparado y Derecho español», en *Persona y Derecho*, Pamplona, p. 226.

mo ha ido perfilando las circunstancias que deben darse para que puedan ser aplicados como circunstancias eximentes o atenuantes. Esas circunstancias son la existencia de una causa (inmediata, necesaria y evidenciable), aparición rápida, sintomatología intensa y de duración corta, curación sin secuelas, existencia de una base patológica, e intensidad suficiente para anular conocimiento y voluntariedad<sup>28</sup>.

El problema que plantean los Testigos de Jehová respecto de las hemotransfusiones, no está relacionado con aspectos jurídicos, aunque tengan una repercusión jurídica, sino que reside esencialmente en una cuestión eminentemente religiosa, de fe. Que nosotros no estamos conformes con esa línea, de acuerdo, pero ése es un tema totalmente distinto y aparte<sup>29</sup>. Si la condición religiosa de los padres realmente hubiera anulado el entendimiento y la voluntad de los mismos, posiblemente hubieran accedido a la práctica de la hemotransfusión. Lo ocurrido no es mensurable utilizando única y exclusivamente un aspecto meramente jurídico, sino que para sopesar la conducta de los padres habrá que tener en cuenta, además del aspecto religioso, otros factores, como los educacionales, ambientales, sociológicos, etc.

Se produce en este supuesto una visible concurrencia de colisiones, por una parte, los Testigos proponen como valor primordial el ejercicio de la libertad religiosa sobre el derecho a la vida; sin embargo, el Estado entiende que el derecho a la vida ha de primar sobre el derecho al ejercicio a la libertad religiosa. Se impone una profunda reflexión sobre la situación creada y cabe formular la pregunta acerca de si el Estado, siempre en todo momento consideraría el derecho fundamental a vivir, como valor preeminente y de exigible protección. O, por contra, cabe que el Estado elija otros derechos fundamentales antes que el derecho a la supervivencia, en determinadas ocasiones. En el primero de los supuestos nada hay que objetar; pero la situación se complica cuando el Estado coloca en primer lugar el derecho a la vida en unas ocasiones, y en otras tal derecho fundamental queda relegado a un segundo o tercer término, alegando para ello razones de conveniencia política, económica o partidista. En concreto, me estoy refiriendo al aborto.

---

<sup>28</sup> SERRANO HERNÁNDEZ, J. M., e HINOJOSA FONSECA, R., «La pericia médico-forense en materia psiquiátrica», *Diario La Ley*, 27 de mayo de 1998, p. 3.

<sup>29</sup> PANTOJA GARCÍA, F., ob. cit., p. 43.

No parece lógico, sobre todo respecto a determinados partidos políticos, que procuran a toda costa ampliar los supuestos ya existentes en nuestro Código Penal, lo que equivaldría a dejar inerte al «nasciturus» cuyo destino depende del capricho de la madre o de sus propios padres. Al menos desde esta perspectiva no parece que el Estado o determinados grupos tengan interés en defender la vida del menor. No resulta aceptable defender la vida unas veces y consumarla otras.

La Sentencia dictada por el Tribunal Supremo que comento apela al artículo 39.1.º CE o al artículo 110 CC; ambos hacen referencia al cuidado que deben los padres respecto de sus hijos. Pero esta referencia es, a mi modo de ver, equivocada, puesto que ambos artículos hacen alusión a aspectos que pudiéramos definir como materiales, terrenales, cuando, como queda dicho, el tema de las transfusiones referida a los Testigos es algo de carácter totalmente trascendente. De otro lado, en estos supuestos nos movemos en un terreno de los valores y estamos juzgando a los Testigos con arreglo a nuestra escala, sin tener en cuenta el baremo con el que ellos se mueven. Para unos padres Testigos de Jehová, y para un hijo que también lo es, aceptar el cuidado y asistencia de sus hijos menores no puede extenderse a la imposición de transfundir, pues ello sería tanto como ir en contra de su peculiar ideología; la aplicación del articulado citado ha de ser interpretado en el sentido de dar al hijo educación, sustento, vestido, etc., pero la aceptación forzosa de una transfusión en el caso concreto de los hijos de los Testigos es algo que va más allá de un simple texto civil o constitucional, porque dentro de este terreno muy resbaladizo habría que preguntarse, en el caso de que exista una colisión de normas, si no es preferible para ellos el ejercicio de su libertad religiosa sobre el derecho a la vida. Otra cosa distinta es que el Estado por razones éticas, sociales, morales, de orden público, etc., prefiera la defensa del derecho a su vida.

## **B) El supuesto homicidio**

En el punto relativo al homicidio es evidente que se requiere el ánimo de matar «eligiendo un mecanismo apto para producirla». En este sentido, la más moderna Jurisprudencia es reiterativa:

«Igual cabe decir de la relación de causalidad. El uso de un medio idóneo para producir la muerte desencadena un proceso causal cuyo resulta-

do natural es tal muerte, si ésta, como así ocurrió, llega a producirse. Quien pone en acto la acción desencadenante del riesgo de lesión del bien jurídico que la norma penal veta, haciéndolo de un modo consciente y querido, responde en el terreno de la imputación objetiva del resultado típico consecuencia de su obrar, si su acción llega a producir la lesión vetada por el fin de la norma»<sup>30</sup>.

«El delito de homicidio exige en el agente conciencia del alcance de sus actos, voluntariedad en su acción dirigida hacia la propuesta meta de segar la vida ajena *animus necandi* que por escapar a una pura aprehensión intelectual, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto y hallarse en los arcanos de sus sentimientos, sólo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho, no sólo a los actos coetáneos que acompañaron a la acción, sino también a los precedentes y subsiguientes, como estimables referencias capaces de reconducirnos al estado anímico del sujeto, permitiendo pasar de la apreciación del haz de datos objetivos y externos, desentrañando su verdadera y oculta significación, al conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad alumbradora e impulsora de sus actos»<sup>31</sup>.

Aún una somera lectura de los hechos nos demuestra que los padres del menor jamás quisieron la muerte de su hijo; por contra, realizaron ímprobos esfuerzos, dentro de las creencias, por salvarle la vida.

### C) El delito de comisión por omisión

Otro aspecto digno de tener en cuenta estriba en la aplicación del artículo 11 del Código Penal, que contempla lo que doctrinalmente se conoce como delitos de «comisión por omisión». En estos supuestos el orden social atribuye al sujeto la obligación de evitar el resultado típico como garantía de un determinado bien jurídico<sup>32</sup>. Por ello, es exigible a los padres una conducta activa tendente a evitar los posibles daños que puedan afectar a los menores tanto desde el punto de vista físico como en el orden ético y moral<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1994.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1994.

*Vid.* en el mismo sentido que las sentencias anteriores las siguientes: Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1995. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1997. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1997.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1991.

<sup>33</sup> Así se desprende del contenido de la expresión «velar por ellos», plasmada en el artículo 154.1 CC.

Por tanto, los padres de un menor, por ejemplo, al que se le tolera jugar con un arma cargada, incidiría tal conducta en el campo de lo penal por no haber cuidado del menor, en el supuesto que el arma al dispararse le hiriese; y lo mismo ocurriría cuando los padres dejaran circular al menor por una calle libremente, o, lo que es más frecuente, en el supuesto de que el cónyuge obligado a ello dejase de prestar alimentos al menor.

Pero velar por los menores lleva implícito el dotar a los mismos de una educación adecuada, aportándoles el conocimiento y la práctica de unos valores éticos, morales y religiosos, además de los estrictamente académicos. Lo normal es que los hijos sigan la misma religión que los padres, por lo que no parece extraño que los hijos de padres Testigos de Jehová sean también Testigos. El artículo 6 LOLR regula los derechos del menor en cuanto a la libertad de ideología, conciencia y religión, estableciendo en el número 3 la obligación de los padres o tutores de cooperar para que el menor ejerza esta libertad, de modo que contribuya a su desarrollo integral.

Desde este punto de vista, parece, al menos en principio, que los padres condenados por el Tribunal Supremo han cumplido con el concepto civil de tutelar al hijo.

Lo que ocurre es que socialmente no parece que se haya asumido la problemática que plantean los Testigos en orden a la negativa a transfundir y a elegir métodos alternativos, lo que ha repercutido en los planos médico y jurídico<sup>34</sup>. Los profesionales de la medicina han venido

---

<sup>34</sup> Véase folleto titulado: *¿Cómo puede salvarle la vida la sangre?* (publicación interna para los Testigos de Jehová), Roma 1990, p. 21.

J. LOWEL DIXON y M. GENE SMALLEY., *Transfusiones de sangre*, Reimpresión de la New York State Journal of Medicine, 1988, p. 463. *Los Testigos de Jehová. El desafío quirúrgico-ético*, Reimpresión The Journal of the Medical Association, 27 de noviembre de 1981, vol 246, núm. 21, p. 2471.

Vid. *Los Testigos de Jehová y la cuestión de la sangre*, publicación interna para los Testigos de Jehová, International Bible Students Association, Brooklyn, New York (USA), p. 23.

Vid. *La familia: su cuidado y protección, tratamiento médico para los Testigos de Jehová*, cit. Sección Etico-Legal, p. 10.

PANTOJA GARCÍA, F., ob. cit., p. 43.

No debe olvidarse la declaración contenida en el artículo 27.3.º de la Constitución Española cuando mantiene:

«Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.»

PALOMA LORENZO. «La "hora de la religión" en los centros públicos españoles», *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica*, 1997/1, Il Mulino, p. 220.

rechazando sistemáticamente la utilización de medios alternativos, lo que en parte ha motivado la remisión a la Jurisdicción penal unos hechos que aun en el caso de los menores, los propios Tribunales imponen, por una parte, velar por los hijos, es decir, proporcionarles una determinada ideología moral, social, religiosa, etc., para más tarde acusar a los padres de omitir cierta diligencia, precisamente contraria a su ideología religiosa.

La alusión a la cuestión relativa a la comisión por omisión del delito de homicidio contenida en el artículo 11 del vigente Código Penal no deja de ser una falacia, porque si bien es lógico que se contemple la estructura del delito de comisión por omisión como el configurado por aquellas conductas que pudiendo haber evitado el delito no lo han hecho como consecuencia de haber observado una conducta pasiva, da la impresión de que cuando se plantee un supuesto como el que estamos estudiando no procede la aplicación del artículo 11 del Código Penal. Me baso para hacer tal afirmación en el hecho que los padres del menor no observaron una conducta pasiva, omisiva por tanto; antes al contrario, estuvieron buscando tratamientos alternativos que creían firmemente que existían, por lo que no es procedente afirmar que se ha omitido la diligencia necesaria y como consecuencia de ello se ha delinquido cuando precisamente por estímulos poderosos como son los religiosos, la «diligencia» ha de ser empleada en la búsqueda de soluciones médicas alternativas, pues así se lo impone su religión. No hay que olvidar que las propias directrices religiosas de los Testigos les dirigen a la búsqueda de tales soluciones mediante un posible traslado de hospital<sup>35</sup>.

Llegado este momento es claro que habría que preguntarse qué razones existirán para que una Sentencia absuelva a los padres, la dictada por la Audiencia de Huesca, en tanto que el Tribunal Supremo dicta una Sentencia condenatoria. Aun una fugaz lectura de ambas nos lleva necesariamente a la conclusión que para la Audiencia ha primado el factor religioso sobre el meramente legal, en tanto que la resolución del Tribunal Supremo se ha detenido en un estudio estrictamente jurídico en su dimensión penal dejando en un segundo plano el aspecto religioso, elemento éste que en casos como el estudiado, resulta imprescindible hacer un exhaustivo análisis respecto de la facultad decisoria de unos padres

---

<sup>35</sup> *La familia, su cuidado y protección, tratamiento médico para los Testigos de Jehová*, cit., Sección Ético-Legal, p. 21.

acerca de la grave decisión de sanar al hijo sin contravenir los dictados de su conciencia. Así se desprende de las frases que entresacamos de la propia Sentencia de la Audiencia de Huesca:

«Nos debemos preguntar si está jurídicamente obligado un padre, o una madre, a renunciar públicamente a sus creencias y, actuando en contra de ellas, pedir o aprobar dicho tratamiento, incluso colaborando activamente con él intentando convencer a su hijo de la bondad de la transfusión, cuando dicho progenitor, equivocado o no, sigue creyendo en conciencia que la misma está prohibida por la Ley de Dios, tal y como él mismo la entiende con toda seriedad, con la misma firmeza que a otros fieles seguidores de esta misma religión les ha llevado a respetar la regla relativa de la prohibición de transfusiones aun a costa de su propia vida, precisión que hacemos por si alguien valora o aprecia más la vida propia que la de sus hijos.»

«No creemos que sea exigible que los padres del menor, tras llevar a su hijo a un centro adecuado, tenga obligatoriamente que renunciar, en contra de su conciencia, a sus convicciones religiosas para pasar a pedir o aprobar una transfusión que consideran moralmente perniciosa e inadecuada, no siendo tampoco jurídicamente exigible que dicho progenitor debe intentar convencer a su hijo de algo que, pese a los esfuerzos de todo el personal sanitario, ni él mismo está convencido y que iría totalmente en contra de las enseñanzas que, en un uso y ejercicio regular, normal y ordinario de su libertad religiosa, había ido transmitiendo a su hijo desde mucho antes de que se produjera el accidente, o de que se exteriorizaran los primeros síntomas de la enfermedad.»

«... de modo que mientras a ellos, obligados por las circunstancias, les tocó decidir resolvieron siempre, en conciencia, lo que estimaron más conveniente para su hijo, contando también con su opinión, pero siempre acataron la decisión del Estado, al que los acusados dieron, repetidamente, prácticamente de modo permanente, la efectiva posibilidad de intervenir sustituyéndoles, sin hacer los acusados absolutamente nada por impedir, o dificultar siquiera, las decisiones tomadas por sus Jueces o sus instituciones médicas, acatando respetuosamente sus injerencias cuantas veces se creyó la sociedad, o el Estado, con el derecho, o con la obligación, de intervenir para sustituir su voluntad, la de los acusados y la del propio menor cuya vida...» (FJ 2)

Me ha llamado la atención en la declaración de principios la voz de alarma o petición de auxilio que se contiene al final del fundamento jurídico segundo y que tampoco fue tomada en consideración por el Tribunal Supremo. Se trata de un clamor pidiendo al legislador que regule de una vez por todas la situación religiosa creada por los Testigos de

Jehová sean éstos menores o adultos; que se realice un análisis minucioso respecto a las practicas religiosas y sus respectivos condicionantes, que determine la utilización previa, en cada caso, de métodos alternativos, así como los posibles límites en cuanto se refiere a las facultades de los padres, se perfile el concepto de menor maduro, se estructure la idea de riesgo vital. En suma, se trata de aproximar los conceptos de patria potestad (en el caso más problemático que es el de los menores) a las creencias y prácticas religiosas de los Testigos, aceptando, en cuanto se pueda, las ideas sociales tradicionales a las especiales características del ejercicio de la libertad religiosa.

Por ello suscribo plenamente cuanto se afirma en la Sentencia y que transcribo a continuación:

«Por cierto, en un país que presume de civilizado, no debería pender de la inspiración, más ética que técnica, improvisada a altas horas de la madrugada o a cualquier hora del día, por un equipo médico o por un Juzgado quienes, salvo imprudencias o desviaciones dolosas excepcionales o anormales, actuarán habitualmente, dado el actual estado de la legislación, ordenando o no la transfusión en sustitución de la voluntad del paciente, menor o no (o, en su caso, de sus padres o tutores), en la creencia, todos ellos, padres, tutores, médicos y jueces, de estar obrando legítimamente, cada uno de ellos desde sus respectivas posiciones; pareciendo preciso que una cuestión tan transcendental como la presente, como ya lo ha reivindicado algún autor, sea regulada minuciosamente por el Legislador, dando las pautas sustantivas y procesales precisas a las que deban atenerse pacientes, padres, tutores, médicos y jueces, pues se trata de un problema muy complejo y difícil de resolver, incluso después de haber estudiado reposadamente las distintas alternativas desde la serenidad que permite un juicio contradictorio, celebrado cuando la urgencia vital ya se ha agotado, y contando con la intervención de lúcidos profesionales, brillantemente preparados a conciencia para la defensa de sus respectivas tesis, articuladas reflexivamente ya sin los agobiantes requerimientos de una urgencia vital, con la que se planteó cuando se decidió, o se precipitó, la suerte del menor de cuya muerte deriva esta causa de fallecimiento que, por las razones que ya han quedado dichas, no creemos que pueda afirmarse causado por sus progenitores, los acusados, ni siquiera por omisión.»

Continuando con los delitos cometidos por omisión, es evidente que pueda crearse una verdadera inseguridad jurídica, sobre todo en el supuesto en el que, como ocurre en el tipo descrito en el artículo 11 del Código Penal, la ubicación se haga dentro de la parte general del Código,

puesto que resulta imposible precisar qué delitos son susceptibles de comisión por omisión y cuáles no, por lo que parece más adecuado que la regulación se haga en la parte especial<sup>36</sup>. En esencia, los delitos de omisión comportan la exigencia de una actuación que evite el resultado de una lesión a determinados bienes jurídicos, vida, salud, integridad física, etc., pero si su actuación no está en condiciones de evitar tales resultados, no se le exige<sup>37</sup>.

Romeo Casabona establece los siguientes elementos para que se produzcan los delitos de omisión:

- a) Situación típica, consistente en la producción de la lesión o peligro concreto de un bien jurídico.
- b) Comportamiento omisivo, consistente en la no realización de la acción tendente a evitar el resultado típico.
- c) La capacidad de acción por parte del sujeto, que a su vez se determina por:
  - El conocimiento de la situación típica.
  - La posibilidad de conocer los medios de evitación del resultado.
  - Posibilidad material, real, de evitar el resultado.
- d) No todo el que puede evitar el resultado entra dentro de la órbita del tipo de comisión por omisión correspondiente, es precisa la existencia previa de un deber jurídico de evitar tal resultado<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> HUERTA TOCILDO, S. *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Publicaciones del Ministerio de Justicia 1987, p. 161.

RODRÍGUEZ MOURULLO, *El delito de participación de auxilio*, p. 517.

HUERTA TOCILDO, S., *Omisión de los deberes de impedir y denunciar*, pp. 44-48.

ROMEO CASABONA, C. M., «Límites de los delitos de comisión por omisión», en *Omisión e Imputación objetiva en Derecho Penal*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 34.

<sup>37</sup> CEREZO RUIZ, J., *Curso de Derecho Penal Español, parte general*, Tecnos, 1985, pp. 266 y 281.

HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, cit., pp. 46 y ss.

ROMEO CASABONA, C. M., *Límites de los delitos de comisión por omisión*, cit., p. 35.

CUERDA RIEZU, A., «Hechos omisivos y causas de justificación. Colisión de deberes», en *Omisión en imputación objetiva en Derecho*, cit., 1994, p. 53.

NOVOA MONREAL, E., *Fundamento de los delitos de omisión*, Depalma, 1983, pp. 142 y 143.

<sup>38</sup> ROMEO CASABONA, C. M., «Límites a los delitos de comisión por omisión», en *Omisión e Imputación...*, cit., p. 37.

La más reciente doctrina científica y jurisprudencial exige los siguientes requisitos:

1. Un elemento objetivo constituido por la omisión.
2. Un elemento subjetivo a voluntad dolosa de cooperar causalmente al resultado, y
3. Un elemento normativo que dé sentido jurídico penal a la omisión.

En estos últimos años se ha añadido a tales requisitos otras tres exigencias:

- a) Las circunstancias que generan la posición de garante.
- b) El peligro de la producción del resultado, y
- c) La capacidad de acción para evitar el resultado<sup>39</sup>.

Cuando hablamos de omisión, estamos admitiendo la facultad de elección. Elegir implica tanto tomar una actitud positiva en un supuesto o negativa en otro. Por ello, habrá que preguntarse si a los Testigos su religión les deja esta posibilidad de elección; porque si, como parece, en estos casos la religión está limitando o coartando esa posibilidad de optar por la acción o la omisión, e impone la búsqueda de terapias alternativas, no parece que se tenga ni voluntad dolosa, ni libertad necesaria para omitir.

Da la impresión de que por este camino los padres del menor no debieron ser condenados por las causas ya apuntadas, tales como la aceptación de la decisión judicial, la búsqueda de soluciones alternativas o las particulares características, configuran la guarda y protección de los hijos que modifican, al menos en parte, nuestro concepto del término «velar».

De otro lado han de sopesarse los condicionantes religiosos<sup>40</sup> que soportaban los padres, que no obnubilan la mente de los garantes, los que, consecuentes con su fe religiosa, se oponen a la hemotransfusión, lo que evidencia, junto con la búsqueda de métodos alternativos, que eran conscientes del peligro que corría el menor.

---

<sup>39</sup> ROMEO CASABONA, C. M., *Límites de los delitos de comisión por omisión*, cit., p. 43. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1.990, 25 de abril de 1.988, 30 de junio de 1988 y 18 de noviembre de 1991.

<sup>40</sup> COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios*, cit., pp. 300 y 306.

Pero además no hay que olvidar que en comportamientos omisivos puede haber causas de justificación<sup>41</sup>. En principio, la colisión sólo alcanza cuando el interés salvaguardado es el de mayor valor, pero en caso de equivalencia entre éste y el interés lesionado, la solución legal es la exculpación. A pesar de ello, parece ser que se va abriendo camino en la doctrina alemana, cuando se mantiene que pueden existir casos en los que la colisión de deberes pueden exigir justificación a pesar de la equivalencia de los deberes<sup>42</sup>.

«Los delitos de comisión por omisión son supuestos en los que la omisión de evitar un resultado perteneciente a un tipo activo puede ser considerada como equivalente», «... la omisión debe ser equivalente, según el sentido del texto de la ley, a su causación, es decir, debe tener un contenido de ilicitud similar a la realización activa del tipo...»<sup>43</sup>.

Al llegar a este estado de la reflexión habrá que preguntarse si la causa omisiva es equivalente a la conformación activa del homicidio. Desde luego la contestación que se impone es la negativa, porque en el homicidio lo que se pretende es la muerte de la otra persona, en tanto que, en el supuesto que estudiamos, la postura es exactamente la contraria, lo que se intenta es la salvación del menor utilizando todos los medios técnicos a su alcance, excepto la transfusión sanguínea, que la religión de los padres y del hijo impide.

La intencionalidad y la postura psicológica de los padres era precisamente salvar la vida del hijo, lo que no hace prosperable el delito de comisión por omisión, máxime cuando los padres aceptaron la decisión del Juzgado.

---

<sup>41</sup> CUERDA RIEZU, A. «Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes» en *Omisión e Imputación objetiva en Derecho Penal*, p. 52.

*Vid.* del mismo autor, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 1984, pp. 48 a 54.

<sup>42</sup> CUERDA RIEZU, A., *Hechos omisivos...*, cit., p. 55

HUERTA TOCILDO, S. *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. Cit., p. 236.

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 23 de octubre de 1996. Ponente señor Bacigalupo Zapater.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1995. Ponente señor Ruiz Vadillo.

NOVOA MONREAL, E., ob. cit. p. 176.

JORGE BARREIRO, A., «Consentimiento informado y autonomía del paciente. Humanidades Médicas. Derecho Sanitario», *Revista Jano*, 3-9 de marzo de 1995, vol. 48, núm. 1114, p. 37.

JORGE BARREIRO, A., «Consentimiento informado y autonomía del paciente. Humanidades Médicas. Derecho Sanitario», *Revista Jano*, 3-9 de marzo de 1995, vol. 48, pp. 37 y ss.

#### IV. LA LIBERTAD RELIGIOSA, ¿CAUSA JUSTIFICATIVA?

En este punto surgen los siguientes interrogantes: ¿el ejercicio de la libertad religiosa puede considerarse causa justificativa?; ¿hasta qué límite?

La contestación afirmativa parece obligada. La verdad es que los autores consultados hacen referencia a la existencia de causas justificativas pero no determinan, siquiera por vía de ejemplo, cuáles sean éstas ni qué requisitos han de reunir tales causas justificativas, ni cuáles son las circunstancias a tener en cuenta, al objeto de, al menos, concretar el contenido de las mismas. A la vista de ello se impone que ha de considerarse cada supuesto de forma independiente y determinar qué causas o motivos ha tenido el individuo para no actuar, resaltando factores psicológicos, ambientales, ideológicos, culturales, etc., que de alguna manera han estructurado y dirigido su capacidad de obrar. En este sentido yo juzgo que la religión de una persona está condicionando de alguna manera no sólo la conciencia de la misma, sino que además moldea la forma de actuar del individuo, su idea sobre determinados estímulos, así como la reacción a los mismos. De otro lado, es característico que tales comportamientos, o no sean comprendidos por personas que no siguen la misma religión, o que determinados conceptos, ciertas ideas o algunas formas filosóficas, éticas o morales, o género de vida, entren en colisión con otros conceptos, ideas o formas de vida de otros sectores sociales; pero que a pesar de no ser comprendidos, son dignos de respeto, por lo que se impone una línea de aceptación de tales ideas no sólo desde un ángulo meramente social, sino que ha de buscarse una apoyatura legal que otorgue carta de naturaleza al ejercicio de exteriorización y protección de las mismas.

De igual manera, juzgo que la religión puede actuar como causa justificativa de la omisión, si bien ha de partirse del hecho que para determinar la existencia de la misma se impone un exquisito estudio de las razones religiosas que motivaron la supuesta falta de actividad, así como los condicionantes morales, éticos o posturas filosóficas que conlleva una determinada ideología religiosa.

En el caso concreto de los Testigos de Jehová, juega un papel preponderante el factor religioso resaltado por la Audiencia de Huesca. En todos estos casos se impone una valoración muy cuidada de aspectos ta-

les como la religiosidad de los garantes; su mayor o menor cumplimiento de las directrices que su religión les marca, la personalidad de los individuos; circunstancias del hecho; si aceptaron o no las directrices del Juzgado; si solicitaron o no la aplicación de métodos alternativos; si buscaron clínicas públicas o particulares tendentes a la aplicación de tales métodos, etc. Suscribo plenamente cuanto manifiesta Bacigalupo cuando afirma que «se exige no sólo la concurrencia de los elementos cualificantes de la expresión en la ley, sino también una ponderación total de la personalidad del autor y de las circunstancias del hecho que permita considerar la muerte de otro como especialmente reprochable»<sup>44</sup>.

Comparto totalmente la tesis de Hervada cuando mantiene:

«Si un ordenamiento jurídico extiende la libertad de pensamiento y de religión a idearios o credos que contengan valoraciones morales erróneas sobre una terapéutica –como es el caso de los Testigos de Jehová respecto de las transfusiones de sangre– necesariamente debe extender la libertad a las decisiones de conciencia, de modo que, cuando éstas se conforman a los credos o idearios profesados, en ningún caso pueden ser castigadas. Amparar el sistema moral erróneo por la libertad de pensamiento o religiosa y no amparar la correlativa conducta por la libertad de conciencia es una inaceptable inversión de los términos de la cuestión»<sup>45</sup>.

Repito que ninguno de los penalistas consultados determina, tan siquiera por vía de ejemplo, cuáles son las causas justificativas o qué requisitos han de reunir tales causas, o en qué circunstancias son aplicables. Tal postura no deja de tener sus razones, porque hacer una descripción de los motivos que puedan ocasionar la omisión, por una parte limitaría la aplicación de las causas y por otra impediría la entrada de otras nuevas. Pero, además, el hecho de generalizar facilitaría la labor interpretativa, lo cual determinaría la posibilidad de contemplar, caso por

---

<sup>44</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., «La ayuda omisiva al suicidio y la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo penal en la dogmática española», en *Omisión e Imputación penal objetiva en derecho penal*, p. 28.

*Los Testigos de Jehová. El desafío quirúrgico-ético*, reimpresión, The Journal of the Medical Asociación, 27 de noviembre de 1981, vol. 246, núm. 21, p. 2471.

También los Testigos se inclinan por un trato al «hombre total». *Los Testigos de Jehová y la cuestión de la sangre*, (publicación interna para los Testigos de Jehová), cit., p. 37.

BAJO FERNÁNDEZ, M. Cit. COBREROS MENDEZONA. *Tratamientos Sanitarios obligatorios...*, cit., p. 303.

<sup>45</sup> HERVADA, J., «Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica», en *Persona y Derecho*, 1984, p. 53.

caso, los factores determinantes que motivaron la falta de actuación que ocasionó un resultado aparentemente delictivo.

La religión, las ideas éticas o filosóficas de una persona pueden condicionar una decisión de no actuar.

En el supuesto que estudiamos no parece lógico que deba exigirse una conducta distinta a unos padres que desde el punto de vista religioso, ético y moral, han venido entendiendo desde hace años que la transfusión sanguínea era una actividad moralmente reprobable, acepten, sin más, que su hijo fuera transfundido, a pesar del peligro de muerte que pueda amenazarle. No parece que sea censurable tampoco que, para evitar la transfusión, estos padres busquen una solución alternativa como medio para salvar la vida del hijo. Los padres actúan de acuerdo con su ideología religiosa y no se rebelan ante la imposición de la transfusión por parte del Juzgado. Su postura omisiva no es otra que la del católico cuando mantiene «que sea lo que Dios quiera».

Un equilibrado estudio de los actos humanos y sus circunstancias nos lleva a considerar no sólo el resultado de la omisión, sino que habrá que analizar y ponderar debidamente además de los factores religiosos, otros tales como la carencia de soluciones alternativas, los sucesivos viajes en búsqueda de tales soluciones, el nerviosismo lógico de los padres ante la gravedad del menor, la negativa de éste a ser transfundido, la presión psicológica de aquellos días, el temor de la muerte anunciada y la posible pérdida del hijo, la lucha interior entre el cumplimiento de sus obligaciones religiosas y las imposiciones legales que obligan a transfundir, y así podríamos continuar con un largo etcétera.

Considero que el Tribunal Supremo tuvo una ocasión de oro para estudiar si el ejercicio de la libertad religiosa, cuando entra en colisión con otros derechos fundamentales, puede ser considerado como causa justificativa, bien entendido que tal contraste, en modo alguno, puede extrapolarse a otros supuestos, puesto que cada caso exigirá una individualización en exclusiva, ya que no sólo habrá que tener en cuenta el ejercicio de la libertad religiosa, sino otros condicionantes, tales como comportamiento del enfermo, el proceder de los padres y familiares, adscripción religiosa, mayor o menor rigorismo de cada religión en particular, características de cada grupo religioso, etc., a lo que hay que añadir factores de otra índole, como los personales, sociales, educacionales, etc.

De ahí que si al hecho, no aclarado suficientemente, referente a la conducta de los padres Testigos de Jehová, respecto a sus hijos menores, en relación con la utilización de otros métodos terapéuticos, unimos la ambigüedad en el ámbito penal, toda vez que no se da un trato individualizado, en todos estos supuestos, deben «ser resueltos en favor de la lenidad»<sup>46</sup>.

Juzgo que en aquellos casos en los que intervenga de cualquier forma una religión, cualesquiera de ellas, no puede atenerse el juzgador únicamente al aspecto frío que marca la norma, sino que tal norma debe ser interpretada teniendo en cuenta el hecho religioso que, al menos de cierta manera, condiciona un comportamiento humano. Resulta evidente que junto con un problema jurídico surge o puede aflorar una cuestión de índole humana, por lo que la norma no puede ni debe ser ni interpretada ni ejecutada si se desprende de ese sustrato vital que es la persona y las circunstancias que la rodean<sup>47</sup>.

De otro lado, en cuanto a las transfusiones se refiere, el Tribunal Supremo parece que vacila, y ello puede tener su fundamento en el hecho de que ni la ciencia médica es ni puede ser infalible, unido a la circunstancia de que no existen dos enfermos iguales, pues hay que tener en cuenta ciertas características físicas e incluso síquicas que individualizan a cada uno de ellos. A lo que hay que añadir los nuevos descubrimientos que vienen a paliar nuevas enfermedades o sofisticadas técnicas con el mismo fin.

Es de destacar que la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 manifiesta que:

«en la época que tuvo lugar la transfusión era imposible detectar los virus del SIDA y de la hepatitis C, por ello científicamente inviable con los conocimientos de aquella época (y continúa luego razonando), por lo que

---

<sup>46</sup> PALOMINO R., *Las objeciones de conciencia*, cit., Montecorvo, 1994 p. 344.

<sup>47</sup> *Vid.* artículo 3 del Código Civil, así como las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1989 y 8 de octubre de 1992, por ejemplo.

*La familia, su cuidado y protección. Tratamiento médico para los Testigos de Jehová*, cit., Sección Ético-Legal, p. 24.

NAVARRO VALLS, R.; MARTÍNEZ TORRÓN, J., y JUSDADO M. A., «Objeción de conciencia a los tratamientos médicos» *Persona y Derecho*, cit., Pamplona, 1988, p. 331.

FONTANILLA PARRA, J. A., «Algunas cuestiones relativas a las reclamaciones derivadas de la mala praxis médica. (comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de febrero de 1997)». *Diario La Ley*, 13 de noviembre de 1997, p. 1.

procedía a adoptar un criterio restrictivo en cuanto al empleo de transfusiones de sangre cuando no existiera riesgo vital, en particular si cabía el empleo de métodos terapéuticos alternativos» (FJ 3)

¿En qué quedamos, pues?, ¿existen o no métodos alternativos?, si existen, ¿qué razones pueden aducirse para que no se apliquen cuando son solicitados por los seguidores de determinadas religiones? No debe olvidarse que además de las causas exclusivamente religiosas, los Testigos alegan para su oposición la posible transmisión de ciertas enfermedades. En consecuencia, cabría hacerse la siguiente pregunta ¿es posible utilizar, al menos inicialmente, métodos alternativos?, ¿es correcto que cuando tales métodos terapéuticos fallen o no den el resultado apetecido, proceder a la hemotransfusión, pero teniendo siempre en cuenta ciertos condicionantes propios de los Testigos de Jehová?

Por otro lado, si los conocimientos médicos son limitados, si se tiene la certeza de que pueden investigarse nuevas técnicas que mejoren la calidad de vida de los individuos, si consta que las personas responden de distinta forma a las mismas enfermedades y a idénticos medicamentos, parece un tanto aventurado imponer la aplicación a tales medidas terapéuticas y no aceptar otras distintas.

## CONSIDERACIONES FINALES

1. A la vista del auge que están tomando las terapias alternativas, y dado que se vienen utilizando con éxito, entre otros países, en Japón y EE.UU., en cuanto se refiere al campo de aplicación y prosoperabilidad, etc, parece lógico que en los casos en los que sea necesaria una transfusión a los Testigos de Jehová, deben ser aplicados tales métodos; tan sólo en el supuesto que dicha terapia no dé el resultado esperado puede ser aplicada la hemotransfusión cuando se trate de menores o incapacitados.

2. Creación de unidades especiales en determinados hospitales donde pueda ser aplicada a los Testigos de Jehová tal terapia alternativa.

3. Por lo que respecta a menores o incapacitados, debe darse prevalencia al derecho a la vida sobre el derecho a la libertad religiosa, siempre que se hayan aplicado métodos alternativos y éstos no hayan dado el resultado apetecido.

4. En los casos de urgencia vital sería aconsejable que la decisión de transfundir, en el supuesto que hubiera fracasado la medicina alternativa, debe ser tomada por un consejo médico compuesto por no menos de tres especialistas, los cuales deberán decidir por unanimidad acerca de la procedencia de la misma, toda vez que el hecho de pedir permiso al juez puede retrasar la transfusión y con ello poner en peligro la vida del menor.

5. Sobre todo en los supuestos en los que sea necesario transfundir a un menor maduro, éste debe ser oído y su decisión ha de ser tomada también en cuenta tanto en sus repercusiones penales como civiles, tanto respecto de los facultativos como en relación con los propios padres, debiendo respetarse, en lo posible, tal decisión.

6. Estudio pormenorizado en el campo de lo penal de cada caso, para aquellos supuestos en los que los padres se nieguen a transfundir sangre a sus hijos, teniendo en cuenta su conducta activa en la búsqueda de soluciones alternativas, el mayor o menor grado de oposición a transfusión, la aceptación o no del permiso judicial, los traslados sucesivos, etc., y valoración de tal actitud a la hora de dictar sentencia.

7. En la vía penal habría que tener en consideración, y hacer especial hincapié para dictar una sentencia condenatoria o, en su caso, absolutoria, cuestiones tales como pertenencia a una determinada religión; rai-gambre personal a dicha religión; características especiales de la misma; ejercicio del derecho a la libertad religiosa y límites a tal ejercicio; connotaciones que definen y perfilan tal religión, influencia religiosa en cada persona con carácter individualizador; estudio pormenorizado de los elementos culturales familiares, sociales y ambientales de la persona en particular y del entorno de la misma, etc.

8. Actitud de Juzgados y Tribunales de respeto y comprensión hacia aquellas personas que en virtud del ejercicio de una libertad religiosa pueden verse implicados en procedimientos como consecuencia de exigencias de responsabilidades civiles o penales.

9. Formación de la clase médica respecto del estudio, práctica e investigación de los métodos alternativos, tendentes a paliar o evitar las hemotransfusiones a personas que las rechazan bien por aspectos religiosos, bien por evitar transmisión de enfermedades.

10. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, se impone un estudio pormenorizado y detallado de la situación que plantean los Tes-

tigos de Jehová, sobre todo en cuanto a menores e incapacitados se refiere, con intervención de médicos especialistas, hematólogos, sicólogos, juristas, etc., a fin de determinar acerca de la bondad de la terapia alternativa, capacidad de decisión del menor maduro, posibles alternativas, posibilidad de oposición de los padres, supuestos en que tal oposición puede transgredirse, repercusión de la oposición a la transfusión en el campo civil y penal, etc. Con el resultado de tal estudio, exigir al legislador dicte una norma que acerque lo más posible la ideología de los Testigos en torno a las transfusiones y a las necesidades del Estado de proteger la vida de los ciudadanos.

11. Disposición, tanto por parte del Estado como por la de los Testigos de Jehová, con el fin de suscribir un Acuerdo menor, en el que se contemple, entre otras cosas, la problemática planteada por los mismos, haciendo especial énfasis en aspectos de tanta trascendencia como la procedencia de la aplicación de la medicina alternativa; la creación de unidades hospitalarias especializadas; la organización de estudios clínicos en relación con la aplicación de la hemoterapia; investigación respecto al uso de la terapia alternativa y porcentaje de éxitos; repercusión jurídica civil y penal ante la negativa a transfundir en los menores e incapacitados; capacidad decisoria de menor maduro, etc.