

MENORES DE EDAD: ¿UN DERECHO A LA PROPIA MUERTE?

*MINORS: ¿A RIGHT TO OWN DEATH?*¹

SANTIAGO SAN ANTONIO MÁRQUEZ

Universidad de Alcalá

Recibido: 17/06/2019

Aceptado: 19/07/2019

Resumen: La libertad religiosa se configura, *prima facie*, como uno de los derechos fundamentales más relevantes del Título Primero de nuestra Carta magna, dada la cantidad de vínculos e implicaciones que establece con el resto de derechos. En el presente proyecto discernimos sobre las posibilidades que detenta el menor de edad maduro para ejercitar una derivación de la garantía contenida en sede del artículo 16: la objeción de conciencia a tratamientos médicos.

En aras de llegar a una conclusión acerca de la capacidad del menor en el ámbito sanitario, diseñamos una estructura tripartita: de un lado, se estudiará la relevancia del factor religioso en nuestro Ordenamiento y la objeción de conciencia como una ramificación del derecho a la libertad religiosa. Seguidamente, analizamos las franquías que ostenta el menor en ámbitos como el civil y el sanitario. Para concluir, pasaremos revista a los casos que han marcado un antes y un después en el tratamiento del tema en nuestro Ordenamiento. El estudio se perfecciona con una breve nota filosófica y una propuesta final.

Palabras clave: autonomía; libertad religiosa; menores de edad; objeción de conciencia; rechazo del tratamiento médico.

Abstract: *Religious freedom is considered one of the most significant rights in our Constitution due to the many bonds and relationships it holds with the rest of rights. On this project we discern the different possibilities that the juvenile upholds in order to assert this branch of the legal guarantee contained in the article sixteen: the conscious objection to medical treatment.*

With the aim to achieve a conclusion about the minor legal capacity on the medical field, we design a three-layered composition: on one hand we review the significance of the religious component in our legal system and the conscious objection as an aspect of the religious freedom right. After that, we go through the rights that the underaged may endorse in subjects such as the civil law and the health field. Finally, we appraise the singular scenarios which meant a before and after in the handling of this matter in our country. The project finishes with a little philosophical piece and a closing suggestion.

¹ El presente estudio forma parte del Trabajo de Fin de Grado que lleva por título *Menores de edad: ¿un derecho a la propia muerte?*, realizado durante el curso 2018-2019 bajo la dirección de la Dra. Isabel Cano Ruiz, del área de Derecho Eclesiástico del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.

Key words: *autonomy; conscience objection; minors; rejection of medical treatment; religious freedom.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DISCURRIR DE LO RELIGIOSO EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL. 2.1. Imbricaciones entre la libertad ideológica y de creencias. 3. OPOSICIÓN A RECIBIR TRATAMIENTOS MÉDICOS POR CUESTIONES DE CONCIENCIA. 3.1. Objeción de conciencia y rechazo del tratamiento. Régimen legal. 4. CAPACIDAD DEL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO. 4.1. El elemento religioso y su influencia en el consentimiento del menor. 5. UN CASO PARADIGMÁTICO: LA STC 154/2002. 5.1. Interés del menor y criterio de la Fiscalía General del Estado. 5.2. Los casos de Hannah Jones y Marcos: ¿un derecho a la propia muerte? 6. DERECHO A LA VIDA Y AUTONOMÍA DEL PACIENTE: LA VOLUNTAD DEL MENOR MADURO EN LA ENCRUCIJADA. 6.1. Entre el paternalismo y el autonomismo jurídico. La democracia del cuerpo. 7. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En una de las primeras escenas de *La vida de Pi*, los dos personajes que nos narran el relato almuerzan en una pequeña cocina. Pi Patel, el protagonista, rememora su India natal. Enclavado en una pequeña localidad al sur del país, el joven se aproxima a la religión a través de la mirada y la humildad que solo poseen los que nada saben. Es en esta conversación donde el Pi adulto pronuncia una frase que enmarca a la perfección la cuestión que se nos plantea: «la fe es una casa con muchas puertas y en cada piso hay un lugar para la duda [...] La duda es útil pues mantiene viva la fe».

Cualquier aproximación al fenómeno religioso plantea *a priori* una cuestión de respeto por dos motivos; en primer lugar, por la incommensurable fuerza y arraigo que éste ha supuesto en la Historia de la Humanidad; en segundo, por la enorme variedad y número de manifestaciones sobre el mismo que podemos encontrar.

Escribe UMBERTO ECO que el Capitán Cook descubrió Australia cuando buscaba la famosa Terra Incógnita. De igual forma, Cristóbal Colón pensó que había encontrado las Indias, pero realmente acababa de descubrir un nuevo continente: América. La Historia está llena de accidentes que ocurrieron porque alguien creyó en un cuento imaginario. Compartimos de pleno esta aserción al pensar en la religión como instrumento de conocimiento metafórico de la realidad. La Biblia, el Corán o la Torá recogen un conjunto de historias, ritos y enseñanzas que han educado al hombre y le han ayudado a afrontar los peligros de un mundo que desconocía.

Desde la noche de los tiempos, el ser humano ha tratado de dar una explicación a los fenómenos que le rodean: el funcionamiento de la gravedad, la mecánica del Universo, la medicina moderna, el magnetismo... Hasta aquí no parece haber duda: la ciencia, aliada del progreso y la razón, ha ayudado a dar respuesta a estos interrogantes. Pero, ¿qué ocurre con aquello que está presente y no podemos explicar? ¿Es posible teorizar sobre el amor, la tristeza, el honor o la muerte? ¿Cómo interpretamos hechos tan irracionales como el de sentir amor por alguien que ya no está entre nosotros? ¿Pueden esclarecerse estas dudas acudiendo a la simple razón, a la evolución... a la psicología?

Partiendo de esta disyuntiva, la motivación de este trabajo surge de la confrontación proverbial entre fe y ciencia, entre la sensibilidad del espíritu y la viscosa materialidad de la carne. Entre una y otra se encuentra la conciencia. Ese término que nuestro Diccionario de la Real Academia define como «*conocimiento del bien y del mal que permite a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los propios*». La conciencia se configura como esa brújula moral que suministra al individuo las pautas para actuar de la manera más honesta posible en su andanza por el mundo.

Para añadir una mayor complejidad al tema, se introduce a la controversia el supuesto de ejercicio de esa conciencia en los menores de edad en aquella situación única y excepcional de decidir sobre su propia vida.

Por lo que hace al método que empleamos, éste se fundamenta en una exégesis multidisciplinar del fenómeno de la capacidad del menor abordándolo desde el prisma religioso, psicológico, antropológico y, por supuesto, legal. Partiendo de la premisa de que la vida de cada uno es, ante todo, de quien la vive, trataremos de dar una respuesta a cómo es posible conciliar nuestra legislación y el criterio médico con los deseos de un menor que decide oponerse al tratamiento por entender que va en contra de los dictámenes de su conciencia.

A pesar de la pluralidad de estudios que han sido escritos desde que se dictó la paradigmática Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, ninguno ha abordado hasta ahora la materia desde los distintos puntos de vista que hemos dedicado en nuestro trabajo. Argumentar únicamente en base a una postura legal es ver el bosque mirando a un único árbol. Se necesita, pues, un alejamiento que nos permita examinar el fenómeno desde la claridad de una tesis multidisciplinar.

El cuerpo del trabajo debe considerarse como un viaje desde la virtud del espíritu, la conciencia o la moral hasta la corporeidad de la carne. En menor grado decidimos indagar una pequeña pieza sobre psicología del desarrollo para tratar de dar una base médica a nuestra tesis. Finalmente, y no contentos con ello, iremos más allá y analizaremos el fenómeno corporal en nuestro tiempo, el culto a los sentidos, lo material y lo tangible.

2. EL DISCURRIR DE LO RELIGIOSO EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL

El fenómeno religioso hace por primera vez entrada oficial en nuestra Carta Magna al enunciarse el art. 16, justo después de reconocerse constitucionalmente el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15). La esfera de la razón y la conciencia humanas son el escenario más intrínseco de nuestra condición, el territorio insondable en el que cada uno busca su relación con los valores y la experiencia vital.

La corriente doctrinal tradicional deriva dos consecuencias fundamentales del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religiosa². Por un lado, la li-

² La expresión sigue el convencionalismo asentado desde la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, DE DICIEMBRE DE 1948,

bertad de pensamiento y la positivización del derecho definen la línea que enfrenta al Estado democrático con el Estado totalitario. Encarna este último el apoderamiento estatal de lo más íntimo del ser humano: la capacidad de decidir, de moldear y crear su propia visión del mundo actuando en consecuencia³.

De otra parte, la exégesis de esa libertad de pensamiento entronca directamente con la capacidad del hombre para trascenderse a sí mismo a través de una ideología, que puede o no comprender un sistema de valores religiosos, pero que en todo caso no limitarían el significado de la libertad de pensamiento a la mera inmunidad de coacción. No resulta baladí que el art. 1 de la Constitución, al definir los valores que discurren por nuestro tejido social, propugne la libertad (entre ellas, la libertad de pensamiento) como uno de los portaestandartes sobre los que configurar, entender e interpretar, no solo el resto del Ordenamiento jurídico, sino nuestra comunidad misma.

Los primeros textos en dar carta de presentación a la libertad individual son las Constituciones modernas del Estado burgués de Derecho

«La moderna Constitución del Estado burgués de Derecho es, por lo pronto, según su devenir histórico y su esquema fundamental, todavía hoy dominante, una Constitución ‘liberal’ [...]. Su sentido y finalidad, su τέλος, es, en primera línea, no la potencia y brillo del Estado, no la ‘gloire’, según la división de Montesquieu, sino la ‘liberté’»⁴.

Esta clase de leyes contiene, *prima facie*, una declaración en el sentido de la libertad burguesa: libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y comercio... El Estado se presenta y muestra como un servidor escrupulosamente supervisado de la sociedad: o bien se somete directa e intrínsecamente a un sistema cerrado de preceptos legales, o bien se hermana directamente a ellos⁵. Siguiendo precisamente esa disquisición, es meritorio advertir que el sistema de los derechos fundamentales se asienta precisamente en el principio de distribución del Estado de Derecho liberal-burgués. Ello implica que la esfera de libertad individual es, *a priori*, ilimitada, siendo las potestades del Estado, también *a priori*, limitadas.

El Estado antiguo desconocía los derechos de libertad porque resultaba inadmisiblemente conciliar la esfera privada frente a la comunidad. Tal es así que se llegó a considerar inmoral e indigno de un hombre el pensamiento de una individualidad emancipada de su pueblo y del Estado. Con ese caldo de cultivo, en un mundo dominado por la sagacidad y la astucia del Imperio romano, surge el cristianismo. La Teoría de la Edad Media se sustenta precisamente en la idea de un Universo pacificado, libre de todo pensamiento que se alejara de la norma: el Papa y el Emperador eran los auténticos

en la que se consolida que «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión...».

³ Cfr. BENEYTO PÉREZ, J.M., *Dialéctica Estado-Sociedad y «politización»*, X Congreso de Filosofía Social y Jurídica, México, 1980, p. 65.

⁴ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2011, p. 98.

⁵ Cfr. *Íbid.*, p. 133.

Leviatanes que dominaban ese mundo despolitizado⁶. Sin embargo, todos los Imperios perecen. En el s. XVIII, reconocida la soberanía a múltiples Estados dentro y fuera del continente europeo, el mundo había dado paso hacia un *pluriverso político*.

Con el auge del proceso secularizador, cristianismo e Iglesia se enfrentan a una realidad desconocida hasta el momento. La religión, en tanto que esencia suprema y absoluta, pasa a ser un proyecto exclusivo del individuo. Todo lo demás, la política, el gobierno, los asuntos públicos, la comunidad y el Estado, se tornan en algo limitado, temporal, contingente y auxiliar a aquél único valor absoluto y eterno⁷. El fenómeno religioso pasaba de ostentar una proyección social a quedar confinado en el ámbito privado de la conciencia. Este es uno de los mayores triunfos del principio de laicidad que define en buena medida la relación Iglesia-Estado desde la Revolución francesa. Es así como la libertad de religión, pensamiento y conciencia se instaura como la primera de todas las libertades⁸.

2.1. Imbricaciones entre libertad ideológica y de creencias

Esa franquía, que mana, como hemos visto, de las primeras líneas de nuestra Constitución con vocación de perennidad, impregna todo el sistema y supone que en el origen mismo de éste se reconozca la libertad como un derecho esencial de la persona humana. Sin embargo, con carácter previo a la profundización en esta realidad, entendemos necesario llevar a cabo un examen de cuestiones terminológicas que orbitan en torno al genéricamente llamado «derecho de libertad religiosa».

Libertad de pensamiento, conciencia y religión; ¿dónde comienza y acaba cada una? ¿Cómo fijar su carácter abstracto? Comenzando por la libertad de pensamiento, nuestra Constitución (en adelante, CE) concreta este derecho en sede de los artículos 16 y 20 bajo el lema «libertad ideológica». Se concibe ésta como el elenco de arquetipos, paradigmas, juicios e ideas que cada ser humano sostiene sobre las distintas realidades que le rodean y de las que es parte a un tiempo. El constituyente determina y reconoce este derecho del hombre a formarse su propia cosmovisión del mundo⁹.

La libertad de conciencia, a pesar de no quedar explicitada en sede del art. 16.1 CE, alude al factor ético o deontológico de actuación conforme a las propias creencias. En palabras de VILADRICH.

«En el ámbito propio, innato, inviolable, irrenunciable e imprescriptible de su racionalidad y de su conciencia personales, el hombre —cada singular e irreplicable ser humano— busca y establece su acto personal de relación con la verdad, el bien, la belleza y la existencia»¹⁰.

⁶ Cfr. Íbid., pp. 158-163.

⁷ Cfr. Íbid., p. 172.

⁸ Vid. JEMOLO, A.C., El problema práctico de la libertad, Milán, 1961, p. 131.

⁹ Cfr. BENEYTO PÉREZ, J.M., «Artículo 16. La libertad ideológica y religiosa», Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo II. Artículos 10 a 23, Edersa, Madrid, p. 313.

¹⁰ VILADRICH, P.J., «Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución española de 1978», en Revista de Derecho Público, 1983, p. 82.

De esta suerte, la libertad de conciencia protege un derecho fundamental de todo ser humano a poseer su propia brújula moral, amoldando así sus comportamientos y viviendo su vida conforme al propio criterio personal de la conciencia.

En ese juicio de conciencia, el Estado aparece como un ente absolutamente incompetente para dispensar acerca del bien o el mal, lo correcto, la moral, la ética y las creencias que cada ciudadano libre puede y debe seguir¹¹.

Finalmente, el derecho fundamental a la libertad religiosa debe entenderse como una declaración constitucional en la que el ser humano atestigua su más íntima radicalidad como persona. El derecho tiene por objeto, simple y llanamente, la fe. Esto es, la praxis de la religión en cualquiera de sus expresiones, ya fueren individuales, institucionales, asociadas, públicas o privadas, con libertad plena para su enseñanza, culto y predicación.

Todo ello definido y amparado bajo la inmunidad de la coacción estatal, como se atestigua a lo largo de una copiosa jurisprudencia, de la que recogemos a modo representativo la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 141/2000, de 29 de mayo en su fundamento jurídico 4 (en adelante, FJ).

«La libertad de creencias, sea cual sea su naturaleza, religiosa o secular, representa el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción estatal garantizado por el art. 16 CE [...] sin más limitación en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

Avala, por tanto, ese conocido *agere licere*, consistente en profesar las propias creencias y guiarse con respeto a ellas, así como a sostenerlas frente a terceros y hacer proselitismo de las mismas. Esa potestad constitucional reconoce el derecho a no ser discriminado por motivo de credo o religión, de tal índole que las diferentes creencias no pueden nunca respaldar o justificar diferencias de trato jurídico¹².

3. OPOSICIÓN A RECIBIR TRATAMIENTOS MÉDICOS POR CUESTIONES DE CONCIENCIA

3.1. Objeción de conciencia y rechazo del tratamiento. Régimen legal

Íntimamente ligado a los derechos de libertad que hemos venido analizando en líneas anteriores, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad ha sido considerado como el eje central de la relación médico-paciente. La consagración de tal aserto ha llegado a ser considerada por algunos como manifestación de la tesis según la cual la vida es un bien disponible para su titular¹³. El paciente debe autorizar expresamente que el

¹¹ Cfr. *Íbid.*, p. 92.

¹² Vid. STC 1/1981, de 26 de enero [FJ. 5], Autos del Tribunal Constitucional 271/1984, de 9 de mayo; 180/1986, de 21 de febrero; 480/1989, de 2 de octubre y 40/1999, de 22 de febrero, entre otros.

¹³ Cfr. OSSANDÓN WIDOW, M.M., «El derecho a rechazar tratamientos médicos. ¿Un reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida?», en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n° 2, 2013, p. 155.

facultativo intervenga, siendo en todo momento libre para resolver cuando finalizar un tratamiento o intervención aun cuando ello pusiere en riesgo la propia existencia¹⁴.

El derecho a oponerse a un tratamiento médico por cualquier cuestión es, en realidad, un reconocimiento al derecho de cómo vivir, que encuentra acomodo en los artículos 15.1 y 16.1 de nuestra *norma normarum*¹⁵. Estamos ante una decisión exclusiva que pertenece al fuero interno del paciente y que se manifiesta en el acto de libertad para oponerse a la asistencia médica. Así, tal como apunta el intérprete de la norma constitucional, la vida humana es un bien de la persona que se integra en su círculo de libertad, lo que no impide que pueda «*disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación de 'agere licere', en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe*»¹⁶.

El derecho fundamental a la libertad ideológica, de conciencia y religiosa, reviste por tanto un contenido que habilita al sujeto para actuar de acuerdo a su propio sistema de creencias, sin más limitación que la preservación del orden público. Así lo dictamina la Sala segunda del Tribunal Constitucional cuando expresa que

*«El consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física [...]. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, [...] aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal»*¹⁷.

Con carácter general, la primera de las leyes en la que se materializa el mandato constitucional para el rechazo del tratamiento médico será la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹⁸ (en adelante, LGS). El art. 10.9 LGS prevé la facultad de que el paciente decidiese si continuar o rechazar el tratamiento ofrecido por el facultativo manifestando la negativa por escrito y solicitando al tiempo el alta voluntaria de su centro sanitario. Esta premisa ha sido vista por algunos teóricos como una suerte de coacción inadmisibles para el paciente inconformista¹⁹. Por otro lado, se contemplaban una serie de supuestos médicos (art. 10.6 LGS) a fin de limitar el ejercicio del derecho.

El Convenio de Oviedo²⁰, suscrito el 4 de abril de 1997 por el Consejo de Europa y en vigor para nuestro país desde el 1 de enero de 2000, vino a materializarse

¹⁴ Cfr. GARCÍA AMEZ, J., «Rechazo al tratamiento y riesgos para la vida del paciente», *Derecho y salud*, vol. 21, nº 1, 2011, p. 85.

¹⁵ Para una visión amplia sobre las líneas de fuga en torno a la libertad religiosa y los límites de ésta vid. MORENO BOTELLA, G., «Religión, aborto y eutanasia», en *Derecho, cine y libertad religiosa*, coord. por ISABEL ALDANONDO SALAVERRÍA, 2015, pp. 159-176.

¹⁶ STC 120/1990, de 27 de junio, [FJ. 12].

¹⁷ STC 37/2011, de 28 de marzo, [FJ. 7].

¹⁸ BOE nº 102, 1986.

¹⁹ Cfr. GRACIA GUILLÉN, D., *Fundamentos de Bioética*, Triacastela, Madrid, 2007, pp. 181-182.

²⁰ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

efectivamente en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LDO). El numeral cuarto del art. 2 de esta ley—que debe interpretarse a la sazón del art. 21 LDO— concreta el derecho al rechazo al tratamiento y el requisito *sine qua non* de la materialización por escrito. Al mismo tiempo, el legislador abre la puerta a una nueva posibilidad: la del tratamiento alternativo al rehusado por el paciente.

Amén de los preceptos citados *supra* no atisbamos en toda la LDO ninguna otra alusión directa o indirecta a la posibilidad de rechazo del tratamiento. Tampoco se advierte correspondencia alguna en torno a los límites del derecho ni a los requisitos (a parte de la confirmación escrita) exigidos para el ejercicio de esta franquía²¹. Para tratar de arrojar algo de luz sobre la cuestión de las limitaciones a este derecho, puede acudirse a la interpretación conjunta con el art. 9.2 LDO, que regula aquellos supuestos en que los facultativos podrán realizar intervenciones clínicas indispensables para la salud del paciente sin necesidad de recabar previamente un consentimiento por parte de éste:

- a) Cuando exista grave riesgo para la salud pública a causa de las razones sanitarias establecidas por la Ley.
- b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir la autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

En tanto que en esta primera etapa estamos sentando las bases generales del régimen del rechazo al tratamiento, conviene focalizar nuestra atención en el cariz que toma esta faceta cuando el paciente es una persona adulta. Los artículos 2.4 y 8.1 LDO organizan la regla general en torno a la cual el paciente debe consentir de manera libre y voluntaria. De esta suerte, la persona mayor de edad no puede ser obligada a aceptar y recibir un tratamiento en contra de su voluntad, aunque de ello derivase un peligro cierto y real para su vida.

4. CAPACIDAD DEL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO

4.1. El elemento religioso y su influencia en el consentimiento del menor

La capacidad y discreción del paciente a decidir si acepta o rechaza un tratamiento médico específico integra a grandes rasgos el ejercicio de una suerte de derechos fundamentales: en primer lugar, el derecho a la integridad física y moral; en segundo, el derecho a la salud²²; y en tercero el derecho a la libertad personal y al libre desarrollo

²¹ Cfr. GARCÍA AMEZ, J., «Rechazo al tratamiento...», *op.cit.*, p. 87.

²² Si bien nuestro texto constitucional no consagra la salud como un derecho fundamental enmarcado en el Título I, el art. 43 lo configura como un derecho de contenido prestacional cuya interpretación en sentido lato puede englobarse dentro del derecho a la integridad física.

de la personalidad. Así, argumentando como principio que, para el ejercicio de tales derechos lo fundamental es la capacidad natural del sujeto, esta garantía no será distinta en el caso de los menores, a quienes se les reconocerán sus decisiones en lo referente al consentimiento siempre que cuenten con la madurez suficiente²³.

Prueba de lo anterior se consolida en la *Declaración de Ottawa sobre el derecho del niño a la atención médica*²⁴, que no deja de ser un trasunto de lo dispuesto en el Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina en su art. 6.2. La *Declaración* arrogada por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en 1998 recoge que: «los deseos expresados por el niño deberán tomarse en cuenta antes de otorgar el consentimiento. No obstante, si el menor tiene la madurez y comprensión suficientes, el consentimiento informado se debe obtener del mismo».

Como ya apuntamos *supra*, los pilares sobre los que se construye el modelo del consentimiento informado y de la autonomía del paciente son la capacidad, la información y la voluntariedad²⁵. A lo largo de la casuística pueden encontrarse diversos escenarios en punto a la determinación de la capacidad del menor en este contexto y que pasamos a analizar a continuación.

El primero de ellos es el del menor no incapaz y emancipado o mayor de dieciséis años. El tratamiento que se dispensa al mismo en cuestión de otorgar consentimiento es el de la autonomía plena²⁶. De esa forma, el sistema adquiere una mayor seguridad jurídica pues el profesional sanitario se ampara en el dato objetivo de la edad en lugar de entrar a evaluar y apreciar la circunstancia concreta²⁷. Esta capacidad se reconoce con carácter *iuris tantum*, por lo que cabría prueba en contrario²⁸. Así lo fija el art. 9.4 LDO, que prohíbe el consentimiento por representación superada esa edad, si bien en situaciones de riesgo grave, los padres o representantes legales deben ser informados y su opinión escuchada. De este criterio general se aparta el legislador cuando entra a valorar la emisión de consentimiento por menores sujetos de ensayos clínicos –de la que ya apuntamos algunos aspectos en el punto 3.1– y en lo relativo al aborto²⁹.

²³ Para un estudio pormenorizado sobre el tratamiento jurídico de la libertad religiosa en menores de edad vid. RODRIGO LARA, M.B., *La libertad de pensamiento y creencias en los menores de edad*, Tesis doctoral dirigida por JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN (dir. tes.), Universidad Complutense de Madrid, 2004., así como *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Universidad Complutense, 2005.

²⁴ Adoptada por la 50ª Asamblea Médica Mundial, Ottawa, Canadá en octubre de 1998 y enmendada por la 60ª Asamblea General de la AMM, Nueva Delhi, India en octubre de 2009.

²⁵ Cfr. MORENO ANTÓN, M. «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, 2011, p. 100.

²⁶ Cfr. *Ibid.*

²⁷ Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre Derechos del Paciente, Información y Documentación Clínica*, Madrid, 2007, p. 362.

²⁸ Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 187.

²⁹ En este caso, la emisión se circunscribe exclusivamente a la mujer de 16 y 17 años. La LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE INTE-

La siguiente posibilidad que puede acontecer es que estemos ante un menor no emancipado que no ha cumplido los dieciséis años. En tal situación habrá de estarse a la balance intelectual y emocional para percibir los riesgos y el alcance de la intervención. Esta es la interpretación que se obtiene *a sensu contrario* del art. 9.3. c) LDO, que imposibilita al menor la dispensa para consentir en todas aquellas ocasiones en los que sea incapaz de comprender intelectual o emocionalmente el alcance de la intervención, estando obligado el facultativo y los representantes legales a escuchar su opinión a tenor de lo dispuesto en el art. 9.1 y 9.2 de la LOPJM.

Este último precepto, el art. 9, amplía y perfecciona el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado en atención a lo estipulado en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual³⁰, así como en los criterios defendidos en la Observación número 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño³¹.

El criterio general por debajo de los dieciséis años es el de la incapacidad. Para reconocer la decisión del menor en ausencia de representantes legales, el profesional debe ser capaz de razonar la capacidad suficiente del menor en ese momento específico³².

Al codificar la prestación del consentimiento en escenarios que involucren a menores de edad, la LAP centra su interés en la capacidad natural y no tanto en la capacidad de obrar (que se sujeta a un reconocimiento estrictamente legal). La aptitud e idoneidad para la toma de decisiones del menor de edad maduro se hace depender de su desarrollo intelectual y psicológico, lo que exige a todas luces un análisis individualizado caso por caso, sin que quepa aplicar un patrón generalizado a cada situación parecida. Este reconocimiento de capacidad de obrar en menores para el ejercicio de sus derechos de la personalidad es lo que se ha venido a denominar «doctrina del menor maduro»³³.

En este punto conviene hacer un inciso relacionado con los menores maduros. Resulta llamativo el caso GILLICK V. WEST NORFOLK AND WISBECH AREA HEALTH AUTHORITY AND ANOTHER [1985], donde se llegó a discutir en los tribunales británicos si el consentimiento de los titulares de la patria potestad cons-

RRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO, perfeccionada por el REAL DECRETO 825/2010, DE 25 DE JUNIO, DE DESARROLLO PARCIAL DE LA LO 2/2010 requiere, como mínimo, que uno de los representantes legales sea informado de la decisión de la menor. No obstante, posibilita prescindir de dicha declaración a los padres cuando ello supusiera un conflicto grave para la menor (coacciones, malos tratos, amenazas, desamparo, violencia) y así lo fundamentase ésta (art. 8.2 RD 825/2010).

³⁰ Desarrollado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación se publica en el BOE con fecha de 12 de noviembre de 2010.

³¹ El derecho del menor a ser escuchado es un derecho fundamental que vincula en su actuación a todos los poderes públicos. A tal efecto vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n° 759, Madrid, 2017, pp. 345-369.

³² Cfr. ORGANDO DÍAZ, B., GARCÍA PÉREZ, C., p. 880.

³³ Cfr. NEVADO CATALÁN, V., «El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida», en Anuario de Derecho Civil, Tomo LXX, 2017, p. 1555 y ss.

tituía un requisito esencial para proporcionar anticonceptivos a las hijas menores de la demandante. La Cámara de los Lores se pronunció el 17 de octubre de 1985 decretando que en materia sanitaria el consentimiento y las decisiones sobre su propia autonomía corresponden en última instancia al menor que reúna las condiciones de madurez necesarias para prestar consentimiento. Así, la intervención de quienes ostentasen en ese momento la patria potestad tiene por objeto la protección del interés del menor sin que quepa supeditarse a cualquier otra situación que no sea aquélla en la que éste carezca de capacidad para la toma de decisiones (inconsciencia, coma, retraso mental ...). El supuesto motivó el nacimiento en la doctrina anglosajona de la llamada *Gillick competence*, que en nuestro ámbito se reconoció como la ya mencionada «doctrina del menor maduro»³⁴.

Esto implica que la autonomía del menor de dieciséis años sigue en el entorno sanitario la regla general de la capacidad natural, tal como se resuelve en numerosas normas de carácter autonómico³⁵, que entienden capacitados para otorgar consentimiento informado a los menores que reúnen las condiciones idóneas de madurez³⁶. En el supuesto de que el profesional sanitario entienda que el adolescente no alcanza la madurez suficiente para tomar la decisión en ese momento, deberá probar la ausencia de dicha capacidad al tiempo que encuentre un representante legal para la toma de la decisión.

En el ámbito psicológico, la Observación General nº 12 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas delimita el concepto «madurez» como la facultad de entender y estimar las consecuencias de un asunto concreto. Es decir, la virtud del menor para expresar sus pensamientos e ideas teniendo en cuenta las distintas ramificaciones que éstas pueden tener en sí mismos y en el entorno.

Desde un prisma jurídico, el art. 2 del Decreto Andaluz 49/2009, de Protección de las Personas Menores de Edad que se someten a Intervenciones de Cirugía Estética en Andalucía aclara la noción de «madurez psicológica», considerando que concurre cuando «el desarrollo de la capacidad intelectual y volitiva de la personalidad (del menor) le permiten [...] la toma de decisiones con un conocimiento apropiado de su fundamento, una previsión razonable de sus consecuencias y una asunción lógica de las mismas de forma adecuada al contexto».

De las consideraciones anteriores se debe insistir en la necesidad de conectar el tipo de intervención médica a realizar con la relación riesgo-beneficio que de ella se derive. Es fundamental el análisis de esta valoración caso por caso por parte del facultativo, que deberá aumentar la exigencia de esas condiciones de madurez según aumenten los riesgos para la vida o la salud del menor³⁷.

³⁴ Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Derecho sanitario y responsabilidad médica, 2007, op. cit., p. 291.

³⁵ En esta línea vid. art. 15.3 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja; art. 11.2 de la Ley andaluza 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte; o el art. 5.1 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León sobre Derechos y Deberes de las Personas en relación con la Salud, entre otros.

³⁶ Cfr. MORENO ANTÓN, M., p. 103.

³⁷ Cfr. GÓMEZ RUBÍ, J.A., Ética en medicina crítica, Madrid, 2002, p. 185.

Ha de plantearse la posibilidad del consentimiento por sustitución siempre y cuando se cumplan los requisitos de adecuación y proporcionalidad al contexto concreto, a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal (arg. *ex. art. 9.7 LDO*). Cuando se presentare una situación de conflicto entre la voluntad del menor maduro y los representantes legales, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por dar preferencia a la primera ya que, siguiendo la tesis legal, se trata de bienes personalísimos (salud e integridad física) que gozan de indisponibilidad por cualesquiera otros que no sean su titular. De esta suerte, los padres carecen de legitimidad moral para imponer al menor con capacidad natural un curso de actuación concreto en punto a la aceptación de un tratamiento o el sometimiento a una intervención aún en los casos en los que peligrase su vida o integridad³⁸.

Finalmente, en los supuestos más controvertidos en los que se entienda que el menor actúa en su propio perjuicio, los representantes legales o los facultativos podrán acudir al dictamen consultivo de los Comités de Ética asistencial o, en su defecto, a la autoridad judicial³⁹.

5. UN CASO PARADIGMÁTICO: LA STC 154/2002

5.1. Interés del menor y el criterio de la Fiscalía General del Estado

La STC 154/2002, de 18 de julio, pivota en torno a la penalización de la actuación de los padres de un menor Testigo de Jehová que falleció al rechazar por sí mismo una hemotransfusión sanguínea imprescindible para su salud.

El suceso tuvo lugar en septiembre de 1995 en la localidad oscense de Ballobar. Marcos, el menor protagonista del incidente, sufrió un leve accidente en su bicicleta y tras ser hospitalizado los médicos entendieron que era necesaria una transfusión sanguínea. Los padres del menor, don Pedro y doña Lina, argumentaron en ese momento que eran Testigos de Jehová y que sus creencias prohibían este tipo de tratamiento. Ante la ausencia de un curso de actuación alternativo, ambos progenitores suplicaron el alta voluntaria, a la que el hospital no solo se negó, sino que además instó al Juzgado de Guardia la autorización para realizar la hemotransfusión. Así las cosas, el Juzgado la concede y los progenitores acataron el designio judicial. Sin embargo, llegado el momento de transfundir, y sin intervención alguna de los padres, el menor rechazó el tratamiento entrando en un «estado de verdadero terror», por lo que los facultativos tuvieron que abortar el procedimiento.

Con posterioridad, Marcos fue trasladado a varios centros hospitalarios con posterioridad y se llegó a solicitar y conceder una segunda autorización judicial, pero el resultado final derivó en el fallecimiento del menor que no llegó a aceptar ni recibir nunca el tratamiento.

³⁸ Cfr. GALÁN CORTÉS, J.C., *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, 1997, p. 34.

³⁹ Cfr. MORENO ANTÓN, M., p. 104.

En una primera instancia, la Audiencia Provincial de Huesca falló dictando sentencia absolutoria a favor de los padres, al entender que no podía exigirse de ellos un comportamiento contrario a su propio credo y moral⁴⁰. Con todo, el Ministerio público recurrió en casación al Tribunal Supremo, que estimó el recurso anulando la anterior resolución de la Audiencia. El Tribunal condenó a los investigados, don Pedro y doña Lina, a la pena de dos años y seis meses como responsables de un delito de homicidio en comisión por omisión con la atenuante muy cualificada de obcecación o estado pasional.

Para argumentar este fallo, se adujo en un fundamento jurídico único que la igualdad proclamada por mor del art. 14 CE no puede ser origen de privilegio o menosprecio. Dentro del marco de derechos y libertades proclamados por nuestra Carta magna, el art. 16.1 encuentra un carácter especialmente preferente solo equiparable al derecho a la vida y a la integridad física y moral. A pesar de este carácter fundamental, la libertad de conciencia y religión no está garantizada frente a todo y con carácter ilimitado o incondicional. Es más, en situación de conflicto, el derecho puede ser parcialmente cercenado por otras franquías constitucionalmente avaladas, especialmente si afectan a bienes jurídicos ajenos⁴¹.

Cuando se trata de la objeción de conciencia a ciertos tratamientos médicos, se evalúa en realidad una colisión entre las convicciones religiosas y el derecho a la vida. Ello demanda una estricta ponderación de los bienes en conflicto que adquiere un cariz aún más delicado si el protagonista es un menor. Si bien el adulto capaz podrá oponerse al tratamiento y su decisión deberá ser respetada salvo que incurra en alguna de las prohibiciones legal y constitucionalmente establecidas, en el caso del menor, el derecho a la vida y a la salud no podrá ceder ante la afirmación de su libertad religiosa. Así, si los progenitores consienten dicha decisión estarían incurriendo en una responsabilidad penalmente exigible⁴².

¿En qué argumentos cimentó la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) su escrito de acusación? Fundamentalmente en el principio del interés del paciente⁴³, sancionado con carácter expreso en los arts. 6 y 9.5 del Convenio de Oviedo. En el primero se argumenta que cuando el menor carezca de capacidad expresa para consentir una intervención, la misma «solo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley». Esa autorización «podrá ser retirada en cualquier momento en interés de la persona

⁴⁰ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1996: «FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente los acusados del delito que se les venía imputando, dejando sin efecto cuantas medidas, personales y reales, se han acordado en esta causa, y en sus piezas, contra sus personas y contras sus bienes; declarando de oficio el pago de las costas causadas».

⁴¹ STS 950/1997, de 27 de junio, [FJ único].

⁴² *Ibid.*

⁴³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, CIRCULAR 1/2012: Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, p. 15.

afectada». De otro lado, el art. 9.5 expresa que el consentimiento por representación únicamente se otorgará en beneficio del paciente.

Conforme a la enunciación anterior, el principio del interés del paciente sería idéntico al interés superior del menor, principio rector de la aplicación de las leyes que debe tenerse en cuenta con carácter preferente ante cualquier otro interés legítimo si concurriesen varios. En la medida en que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, el procedimiento de sustantivación del mismo debe llevarse a cabo atendiendo a una serie de criterios. En este caso, la Sala Primera del Tribunal Supremo tomó como ejemplo la *Children Act*⁴⁴ británica de 1989.

Siguiendo la doctrina jurisprudencial de la STS 565/2009, de 31 de julio, el interés superior del menor responderá a «proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas»⁴⁵. Así mismo, deberá atenderse «a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento»⁴⁶.

A criterio de la FGE, esta enumeración de criterios llevada a cabo por el Tribunal Supremo tendría un carácter jerarquizante, priorizando en todo caso las necesidades básicas o vitales antes que las espirituales o emocionales⁴⁷.

5.2. Los casos de Hannah Jones y Marcos: ¿un derecho a la propia muerte?

En el año 2008 los periódicos ingleses sacaron a la luz el caso Hannah Jones, una pequeña británica de trece años que por padecer una complicada leucemia había estado sometida a un arduo tratamiento. Derivado de la terapia, el corazón de Hannah sufrió una lesión que ponía en peligro su vida. Los médicos consideraron necesario un trasplante al que la paciente se opuso alegando que no tenía fuerzas para seguir luchando. Esta decisión fue apoyada por sus progenitores⁴⁸. A pesar de ello, el Hospital acudió a los tribunales y la Oficina de Protección del Menor dio la razón a nuestra protagonista, viéndose obligado el Hospital a desistir de la demanda⁴⁹. Con todo, unos meses más tarde Hannah recapacitó y decidió intentar el trasplante, siendo este un éxito sin el cual su esperanza de vida no habría ido más allá de los seis meses⁵⁰.

⁴⁴ *Íbid.*

⁴⁵ STS 565/2009, de 31 de julio, [FJ. 5].

⁴⁶ *Íbid.*

⁴⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, CIRCULAR 1/2012, p. 16.

⁴⁸ Vid. «Una adolescente británica defiende su derecho a morir con dignidad», *El Mundo*, publicado el 11 de noviembre de 2008: «Obviamente queremos tener a Hannah con nosotros tanto como sea posible, pero no vamos a forzarla a hacer algo que ella no quiere hacer en este momento».

⁴⁹ Cfr. GARCÍA, A., «Hannah o el derecho a morir», *Diario Vasco*, publicado el 13 de noviembre de 2008.

⁵⁰ Vid. RETTER, E., «Hannah Jones at 18: I turned down heart transplant aged 13 but I'm so glad I changed my mind», *Mirror News*, publicado el 13 de julio de 2013.

La decisión de Hannah traspasó fronteras y en nuestro país muchos fueron los profesionales que secundaron y defendieron su postura. Hubo algunos que ampararon el derecho a morir con dignidad de la menor, mientras que otros, contrarios al reconocimiento legal de la eutanasia, alabaron la determinación de la joven, sobre todo teniendo en cuenta los riesgos que la paciente estaba dispuesta a asumir⁵¹.

El asunto trajo de nuevo a la esfera pública el controvertido debate en torno al derecho a la muerte digna. Si bien difiere de lo que hemos estado argumentando hasta ahora en relación al asunto del joven Marcos, en ambas cuestiones estamos debatiendo una misma esencia: el derecho de la persona a decidir sobre sí misma, sobre su propio cuerpo, sobre su vida.

El Tribunal Constitucional sentó jurisprudencia en la STC 120/1990, de 27 de junio, cuando en su FJ. 7 reconoce la positividad del derecho fundamental a la vida, lo que implica *sensu contrario* una prohibición a configurarlo como un derecho de libertad que incluya la propia muerte. Sin embargo, al entrar este derecho dentro de la esfera de *agere licere* de la libertad de la persona, se admite la posibilidad de que ella disponga fácticamente de la libertad del morir. Con todo, en modo alguno este derecho a la muerte digna puede configurarse como una franquía subjetiva exigible del Ordenamiento⁵².

Para MÉNDEZ, «hablar de un derecho a morir con dignidad es hablar de un derecho reconocido legalmente a los individuos para que puedan tomar por sí mismos algunas de las decisiones relativas a ciertos asuntos que atañen a su propia muerte»⁵³. En este sentido, el derecho tiene por principio evitar que la persona que participa en su propia muerte se convierta en un mero objeto de decisión ajeno a sí mismo. Solo el individuo está legitimado a tener la última palabra con respecto al modo en que desea terminar su propia vida y este reconocimiento es el que vendría amparado por el derecho que venimos apuntando. Derecho a morir es pues, equivalente a derecho a disponer de la propia vida, a capacidad decisiva en cuanto al modo de determinar el momento y el modo del proceso de morir⁵⁴.

En nuestro país, los primeros pasos hacia una legalización del derecho a morir con dignidad se materializan a nivel autonómico en los estatutos catalán y andaluz⁵⁵. En el caso del Estatuto de Autonomía Catalán, el art. 20 recoge el Derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte. El precepto plantea una interesante problemática en torno

⁵¹ Así, para MORENO ANTÓN, «en este supuesto no se trataba tanto de una decisión sobre vivir o morir, como de una elección sobre qué riesgos se estaba dispuesto a asumir, pues el trasplante también podía dar lugar a consecuencias irreversibles y a un deterioro irreparable de la calidad de vida que el quedara por vivir, por lo que, trascendiendo el caso concreto, habría que trasladar el centro de la cuestión a la determinación del alcance que debe tener el esfuerzo terapéutico en situaciones extremas y de las condiciones en que es éticamente irreprochable renunciar a él». MORENO ANTÓN, M., op. cit., p. 113.

⁵² Cfr. STC 120/1990, de 27 de junio.

⁵³ MÉNDEZ, V., *Sobre morir. Eutanasia, Derechos, Razones*, Trotta, Madrid, 2002, p. 55.

⁵⁴ Cfr. *Íbid*, p. 57.

⁵⁵ Para una visión europea sobre las cuestiones de la eutanasia y el suicidio asistido vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I., «La eutanasia y el suicidio asistido: posiciones religiosas y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 38, 2015.

a la indefinición jurídica⁵⁶. En palabras de RUIZ-CALDERÓN «el término eutanasia también es equívoco porque se encuentra muy ideologizado [...]. Se trata de una palabra que se usa en sentido positivo y negativo, el primero para referirse a un ideal, a un bien que resuelve los problemas finales del hombre; [...] el segundo de forma peyorativa para referirse a un futuro incierto, a una amenaza precisamente en esos momentos finales»⁵⁷.

Parece evidente que la legitimación directa de este derecho procede de la facultad que toda persona tiene a decidir sobre su propia integridad física, así como en el principio de autonomía y libertad de los pacientes recogidos en la LDO (arts. 8 a 13)⁵⁸.

Lo radicalmente importante en torno al derecho a disponer de la propia vida (y por tanto, de la propia muerte), es que es fundamental determinar quien actúa en último lugar en la serie de actos que provoca el fallecimiento⁵⁹. La polémica se suscita cuando la decisión de morir vincula a los demás y a los poderes públicos. Ello es lo que permite denominar a estas situaciones como «derecho a morir». Una buena parte de los partidarios a la legitimación de esta franquía fundamenta su argumentación en el respeto a la autonomía de la persona, que entienden como

«[...] uno de los valores, si no el principal, entre aquellos que debe garantizar el Ordenamiento jurídico. En una sociedad liberal que respeta esa autonomía, la vida de cada uno es en primer lugar de quien la vive, y no puede obligarse a nadie a mantenerse con vida contra su voluntad apelando a los intereses ajenos, a intereses del Estado o de otras personas o grupos»⁶⁰.

Parece lógico que la autonomía personal debe instaurarse como principal virtud del sistema de valores y fundamentos del Ordenamiento. El problema deviene no en el propio derecho a decidir sino en la vinculación de un tercero ajeno en el propio acto de la muerte. ¿En qué medida puede el moribundo (en este caso menor de edad) lastrar a otro, bien personal sanitario, bien familiares, con la responsabilidad de quitarle la vida aún con su consentimiento? ¿Cómo debería regular el Ordenamiento esta actuación?

Autores como FEINBERG recogen una variedad de ideas vinculadas a la condición de autonomía⁶¹. De entre ellas, la más importante es al que considera la autono-

⁵⁶ Vid. PAREJO GUZMÁN, M.J., *La eutanasia, un derecho*, Thomson, Navarra, 2005, p. 370: «El motivo principal por el cual resulta tan difícil encontrar un concepto estricto o al menos descriptivo de lo que es la eutanasia, es la vaguedad y la carga emotiva del propio vocablo que favorece la extensa proliferación de conceptos».

⁵⁷ Cfr. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M., «Sobre el reconocimiento y regulación legal del derecho a la eutanasia», *Suplemento Humana Iura, de derechos humanos*, Madrid, 2000, p. 113.

⁵⁸ Concretamente el art. 11 regula el funcionamiento y usos del documento de instrucciones previas donde la persona mayor de edad, capaz y libre, explicita previamente su voluntad para en caso de llegar el momento en que debido a las circunstancias no sea capaz de expresarla formalmente.

⁵⁹ Cfr. MÉNDEZ, V., *op. cit.*, p. 57.

⁶⁰ *Íbid.*, p. 59.

⁶¹ RIVERA LÓPEZ, E., *Diez ensayos de bioética. Problemas de vida y muerte*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 70: «Algunas de ellas son la auto-posesión (o autopropiedad), la autenticidad (mis deseos son únicamente míos), la autocreación (soy el producto de mis propias decisiones), autolegislación (solo estoy obligado por lo que determina mi voluntad, de acuerdo con una

mía como derecho, como capacidad. Apunta el autor que «el derecho más básico a la autonomía es el derecho a decidir cómo uno ha de vivir la propia vida, en particular, cómo ha de tomar las decisiones de vida críticas: qué cursos de estudio tomar, qué habilidades y virtudes cultivar, qué carrera seguir, con quién (o si) casarse, a qué iglesia ir (si a alguna), si ha de tener hijos, etcétera»⁶².

Otro autor interesante que se pronuncia a este tenor es NINO, al entender que el principio de autonomía preconfigura que el Estado no debe interferir en las decisiones individuales referidas a la adopción y persecución de planes de vida, ideales de virtud o de excelencia humana, impidiendo la mutua interferencia en tal persecución⁶³. Desde el punto de vista médico, el respeto a la autonomía del paciente implica *prima facie* el respeto de sus decisiones, satisfechas bien mediante acciones, bien por omisiones. Sin embargo, volvemos a encontrarnos con el problema de aquellos enfermos terminales como Hannah o Marcos, menores de edad, que se encuentran en una situación de incompetencia o incapacidad legal para tomar decisiones vitales. Aquí es importante considerar que tal incapacidad no tiene que ir necesariamente ligada a la enfermedad terminal. El paciente puede conocer con certeza que va a morir y ello no implica una falta de capacidad para decidir cuándo. En tal caso no debe darse una presunción de incompetencia, sino que habrá que estar al análisis caso por caso.

El proceso de averiguación de la voluntad de morir equivaldría a un examen que descartara el asesinato encubierto o la depresión u otra enfermedad mental como causas verdaderas del acto. En este sentido, la necesidad de que la vida haya quedado deteriorada bien por la terminalidad de la enfermedad o bien por el sufrimiento, se tornan en circunstancias que son actualmente exigibles en aquellos países que han optado por una regulación del derecho a morir⁶⁴.

Por otro lado, el modo de morir es en muchos casos el reflejo de cómo hemos decidido vivir. Para algunos esta etapa se torna como crucial mientras que para otros es algo intrascendente. De ahí que el respeto hacia esa decisión autónoma en el momento culminante de la vida se torne en fundamental en cualquiera de los casos.

6. DERECHO A LA VIDA Y AUTONOMÍA DEL PACIENTE: LA VOLUNTAD DEL MENOR MADURO EN LA ENCRUCIJADA

6.1. Entre el paternalismo y el autonomismo jurídico. La democracia del cuerpo

Hasta ahora hemos podido comprobar como el legislador y la jurisprudencia llevan a cabo interpretaciones de la LAP de una forma sobre la que algunos autores

ley universal), autenticidad moral (actuar de acuerdo con los propios principios morales), autocontrol (actuar gobernado desde dentro) y auto-responsabilidad (tomar decisiones y ser responsable por ellas).

⁶² Íbid, p. 71.

⁶³ Íbid.

⁶⁴ Cfr. MÉNDEZ, V., op. cit., p. 64.

han llegado a arrojar ciertas dudas en cuanto a su objetividad. Así, en palabras de BELTRÁN AGUIRRE,

«Tal conjunto normativo [el que legaliza la autonomía del menor] es técnicamente imperfecto por estar disperso en distintas leyes que han regulado el tema parcialmente y con cierta desconexión entre sí [...]. De ahí que no esté exento de dudas interpretativas o, incluso, de interpretaciones aparentemente contrarias al tenor literal o gramatical de los preceptos legales, posiblemente por razón de posturas ideológicas contrarias a la teleología de dichos preceptos»⁶⁵.

La exégesis de estos preceptos no deja duda de la visión sustantiva del bien jurídico vida, al que se le concede un valor absoluto exento de cualquier circunstancia o contexto. Lo anterior no deja de ser un fiel reflejo de la incidencia actual que el paternalismo jurídico mantiene en nuestro Ordenamiento. En este caso es el Estado el que penetra en la vida de las personas mediante, bien normas o bien políticas públicas, las cuales *«prohíben, [...] obstaculizan [...], desalientan [...], o desaconsejan algunas elecciones»⁶⁶* que, si bien no repercuten en perjuicio de un tercero, sí que son susceptibles de incidir negativamente sobre el individuo que las ejecuta.

El *quid* de este complejo sistema reside en desentrañar cuál es la motivación que lleva al poder legislativo a fiscalizar estas conductas de los ciudadanos. Lo verdaderamente relevante es que la autonomía individual, violentada por el actuar del Estado, solamente puede ceder en supuestos específicos y que en todo caso han de quedar justificados⁶⁷. El respeto a dicha autonomía supone que *«a nadie se le pueda imponer cómo debe vivir o qué debe hacer con su vida, siempre, obviamente, dentro del límite del daño a terceras personas»⁶⁸.*

La Historia de la medicina ha sido testigo de cómo el modelo paternalista se impuso de forma predilecta en la relación médico-paciente. El facultativo ostentaba un papel preponderante y privilegiado. Es el médico sacerdote, el médico brujo, el curandero. Su palabra y ciencia le convertían en fuente de saber, respeto y confianza. Esto ha venido proyectándose en nuestra sociedad de manera regular hasta bien entrado el s. XX.

Con el florecimiento de la sociedad de consumo el mundo entra en la era del bienestar. Y con ello, la salud se traduce en una demanda compulsiva y virtualmente ilimitada de servicios médicos, quirúrgicos y farmacéuticos. El individuo, en palabras de STUART MILL, pasa a ser soberano —en la mayor extensión del término— sobre su propio cuerpo. La salud es hoy un valor añadido al estatus, a la clase, al signo.

Siguiendo a BAUDRILLARD, no resulta descabellado afirmar que el cuerpo ha pasado a convertirse en objeto de culto narcisista y en rito social, encontrando como mejores portaestandartes de este a la belleza y el erotismo

⁶⁵ BELTRÁN AGUIRRE, J.L., «La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: Dimensión jurídica», *Derecho y salud*, vol. 15, n° extra 1, p. 9.

⁶⁶ RAMIRO AVILÉS, M.A., «A vueltas con el paternalismo jurídico», *Derechos y Libertades*, n° 15, Madrid, 2006, p. 213.

⁶⁷ Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I., «Algunas reflexiones sobre la confesionalidad del Estado», *Derecho y Religión*, n° 10, Madrid, 2015, pp. 7-33.

⁶⁸ *Íbid.*

«El cuerpo ha quedado definitivamente redescubierto bajo el signo de la liberación física y sexual. La moda, la publicidad, la cultura de masas, el culto higiénico, dietético y terapéutico, la obsesión por la juventud, por la elegancia de virilidad o feminidad, los tratamientos de belleza, los regímenes y sacrificios asociados a él... Testimonios, todos ellos, de la sustitución de modelos que ha tenido lugar en nuestro tiempo»⁶⁹.

La sociedad de consumo ha dejado atrás el antiguo modelo ascético para dejar paso a uno centrado en la satisfacción de los sentidos, inmediata y en continuo movimiento. El cambio de valores de este nuevo estado supone un viaje del espíritu a la materialidad de la carne. La salvación no emana ya de la moral religiosa, histórica o política sino del culto al yo, al hedonismo y a la estética.

Enarbolando la bandera de la libertad sin trabas y del derecho a soñar, al placer, a la vida creativa, surge una nueva distopía en la que no hay fronteras que delimiten lo individual de lo colectivo y lo ideológico de lo real. En lugar de los mandamientos asentados en una moralidad puritana y religiosa, ha nacido un nuevo ideal de vida puramente estético, basado en el culto al placer, a la experiencia y a la realización personal.

Se vive más, se siente más, se anhela lo efímero, lo instantáneo, el éxtasis. En esta nueva cultura se exhiben sin tapujos el goce y la satisfacción que se identifica y describe por la búsqueda de la belleza y la autorrealización del cuerpo. En la época de la superproducción y el consumo estético proliferan sin cesar tratamientos, métodos y técnicas destinadas a enaltecer las facciones, el rostro, la imagen. La belleza se ha convertido en El Dorado de un nuevo capitalismo y la salud en un bien de consumo utilizado por el ciudadano⁷⁰.

A consecuencia de todo ello, el cerco de la dualidad médico-paciente ha sufrido una ruptura con el esquema tradicional. Resultaría ingenuo tratar de abordar con el enfoque clásico la actual demanda del sistema sanitario. El paciente ya no es solo paciente, es también consumidor: de servicios, de consultas, de cuidados, de estética.

La transformación del modelo anterior ha llevado a algunos autores a articular una propuesta pendular frente al paternalismo: el autonomismo. Este nuevo modelo reivindica la autonomía, el fin de la arcaica concepción del paciente como un necio incapaz e ignorante de distinguir lo que le conviene y lo que no. Una salida, en definitiva, de la tutela del profesional sanitario, asumiendo sus propios riesgos, pero siguiendo el dictado de su propia norma.

7. CONCLUSIONES

Hemos visto hasta ahora que el Ordenamiento jurídico adopta una actitud paternalista en lo que concierne al reconocimiento a la capacidad de decisión del me-

⁶⁹ BAUDRILLARD, J., *La sociedad de consumo. Sus mitos, sus estructuras*, Siglo XXI, Madrid, 2018, p. 170.

⁷⁰ Vid. LIPOVETSKY G., y SERROY, J., *La estetización del mundo. Vivir en la época del capitalismo artístico*, Anagrama, Barcelona, 2016, pp. 290 y ss.

nor sobre su propia integridad y salud. Exceptuando la regla general circunscrita en sede del art. 9.4 *pár.* II LAP, el legislador se inclina a proteger al menor ante la contingencia de que tome una decisión perjudicial para su vida o salud, confiriendo tal franquía decisoria a sus representantes legales. Esa reserva o limitación sobre la potestad del menor se hace en nombre de su interés, ignorando que precisamente la autonomía es uno de esos aspectos cruciales para concretar ese interés⁷¹.

Este impedimento a la autonomía casa perfectamente con la prescripción de la Fiscalía General del Estado en su circular 1/2012 ya comentada, que obtuvo amplia acogida por parte del legislador. A día de hoy, en casos de peligro grave únicamente es necesario “oír” y tener en cuenta la opinión del paciente menor de edad, pero dicha voluntad queda yerma de reconocimiento o eficacia aún en el caso en que éste demuestre una plena capacidad intelectual y decisoria.

Esa doctrina y modo de proceder se justificarían únicamente si partimos del supuesto de que ningún menor posee capacidad suficiente para asumir decisiones inherentes a su propia salud. Este es el escenario que contemplan algunos autores como OJEDA RIVERO, para quien: «los menores de edad [...] son incapaces de actuar como agentes morales y de forma plenamente racional [...] debido a que existen áreas cerebrales fundamentales para el control racional de la conducta, como la corteza prefrontal, que no completan su desarrollo hasta la tercera década de la vida»⁷².

Esta postura nos parece del todo arbitraria. Y es que, si bien es cierto que un adolescente (16 a 18 años, que es lo que aquí constituye un objeto de debate) no posee plena capacidad para asumir decisiones trascendentales, entender que pasada la barrera de los dieciocho es competente para esa decisión constituye a todas luces una insensatez palmaria.

Frente a ese proceder que marca el legislador, sería mucho más prudente y respetuoso hacia la dignidad y otros derechos fundamentales del menor, abogar por un criterio subjetivo, que consintiese al adolescente con capacidad decidir sobre su propia vida. Siguiendo el postulado de DE LORA, la mejor forma de solventar el problema de la competencia del menor para decidir es precisamente no hacerlo con carácter general y preciso⁷³.

En definitiva, cuando se discute acerca de la objeción de conciencia a ciertos tratamientos, se evalúa en realidad una colisión entre las convicciones religiosas y el derecho a la vida. De ahí la escrupulosa ponderación que debe ejecutarse de los bienes en conflicto. Frente a la rectitud de la norma, sería más prudente y sensato abogar por el criterio subjetivo, que consintiese al adolescente, en los casos de madurez acreditada, decidir sobre su propia vida.

⁷¹ Cfr. NEVADO CATALÁN, V., «El interés superior del menor maduro», op. cit., p. 1564.

⁷² Cfr. OJEDA RIVERO, R., «El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo», InDret. Revista para el análisis del Derecho, nº 3, Barcelona, 2015, p. 10.

⁷³ DE LORA DELTORIO, P., «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», Enrahonar 40/41, p. 135: «fijar rigidamente una edad no deja de resultar un ejercicio de fetichismo y arbitrariedad como los críticos del llamado “liberacionismo infantil” adujeron siempre».

BIBLIOGRAFÍA

- BAUDRILLARD, J., *La sociedad de consumo. Sus mitos, sus estructuras*, Siglo XXI, Madrid, 2018.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., «La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: Dimensión jurídica», *Derecho y salud*, vol. 15, nº extra 1, 2007, pp. 9-26.
- BENEYTO PÉREZ, J.M., «Artículo 16. La libertad ideológica y religiosa», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Artículos 10 a 23, Edersa, Madrid, pp. 303-338.
- *Dialéctica Estado-Sociedad y «politización»*, X Congreso de Filosofía Social y Jurídica, México, 1980.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 759, Madrid, 2017, pp. 345-369.
- DE LORA DELTORIO, P., «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», *Enrahonar* 40/41.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre Derechos del Paciente, Información y Documentación Clínica*, Madrid, 2007.
- GALÁN CORTÉS, J.C., *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, 1997.
- GARCÍA AMEZ, J., «Rechazo al tratamiento y riesgos para la vida del paciente», *Derecho y salud*, vol. 21, nº 1, 2011, pp. 85-97.
- GÓMEZ RUBÍ, J.A., *Ética en medicina crítica*, Madrid, 2002.
- GRACIA, D., ET. AL. «Toma de decisiones en el paciente menor de edad», *Medicina Clínica*, vol. 117, nº 5, Barcelona, 2001, pp. 179-190.
- JEMOLO, A.C., *El problema práctico de la libertad*, Milán, 1961.
- LIPOVETSKY G., y SERROY, J., *La estetización del mundo. Vivir en la época del capitalismo artístico*, Anagrama, Barcelona, 2016.
- MARTÍN SÁNCHEZ, I., «Algunas reflexiones sobre la confesionalidad del Estado», *Derecho y Religión*, nº 10, Madrid, 2015, pp. 7-33.
- «La eutanasia y el suicidio asistido: posiciones religiosas y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 38, 2015.
- MÉNDEZ, V., *Sobre morir. Eutanasia, Derechos, Razones*, Trotta, Madrid, 2002.
- MORENO ANTÓN, M. «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, 2011, pp. 95-123.

- MORENO BOTELLA, G., «Religión, aborto y eutanasia», en *Derecho, cine y libertad religiosa*, coord. por ISABEL ALDANONDO SALAVERRÍA, 2015, pp. 159-176.
- NEVADO CATALÁN, V., «El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXX, 2017, pp. 1543-1573.
- OJEDA RIVERO, R., «El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, Barcelona, 2015, pp. 1-39.
- ORGANDO DÍAZ, B., GARCÍA PÉREZ, C., «Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro», *Pediatría Integral*, XI, 2007, pp. 877-883.
- OSSANDÓN WIDOW, M.M., «El derecho a rechazar tratamientos médicos. ¿Un reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida?, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, nº 2, 2013, pp. 153-204.
- PAREJO GUZMÁN, M.J., *La eutanasia, un derecho*, Thomson, Navarra, 2005.
- RAMIRO AVILÉS, M.A., «A vueltas con el paternalismo jurídico», *Derechos y Libertades*, nº 15, Madrid, 2006, pp. 211-256.
- RIVERA LÓPEZ, E., *Diez ensayos de bioética. Problemas de vida y muerte*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- RODRIGO LARA, M.B., *La libertad de pensamiento y creencias en los menores de edad*, tesis doctoral dirigida por Javier Martínez-Torrón (dir. tes.), Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Universidad Complutense, 2005.
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M., «Sobre el reconocimiento y regulación legal del derecho a la eutanasia», *Suplemento Humana Iura, de derechos humanos*, Madrid, 2000.
- VILADRICH, P.J., «Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución española de 1978», en *Revista de Derecho Público*, 1983, pp. 65-121.