
LIBERTAD RELIGIOSA Y PROTECCIÓN A LA SALUD EN LA TRANSFUSIÓN DE SANGRE

Diego Espín Cánovas

Académico de Número. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

1. PLANTEAMIENTO

Los tratamientos médicos que exigen o utilizan intervenciones quirúrgicas han planteado siempre la temática de la conducta médica en torno al ilícito de lesiones y su justificación por el consentimiento de la víctima. La ley de 27 de octubre de 1979 sobre extracción y trasplante de órganos reguló los requisitos para ambas operaciones y, en especial para el trasplante, la previa información y el consentimiento del receptor mayor de edad jurídicamente responsable de sus actos o el de sus representantes legales, padres o tutores, en caso de menores o enfermos deficientes mentales (artículo 6).

La ley orgánica 3/1989 de 21 de junio de modificación del Código Penal (CP) reflejó en el ilícito de lesiones la exención de responsabilidad en los supuestos de trasplantes de órganos conforme a la ley, esterilizaciones y cirugía transexual, cuando medie el consentimiento del que reciba el trasplante, salvo que sea menor o incapaz, en cuyo caso, no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales (CP 428 ley orgánica 3/1989), norma mantenida en el nuevo Código Penal (artículo 156).

En el derecho europeo, Alemania ha tratado en diversos proyectos de reforma penal del tema del consentimiento en las operaciones quirúrgicas, quedando en pie las discusiones doctrina-

les. En Austria se tipificó un ilícito de tratamiento médico sin consentimiento del paciente, con varios matices¹.

El tema del consentimiento afecta diversas clases de operaciones quirúrgicas, como se ve en la reforma penal citada de la ley orgánica 3/1989, que exime de responsabilidad en los casos mencionados pero el tema sigue abierto fuera de ellos. Por otra parte el concepto de intervención quirúrgica ha de ampliarse a cualquier tratamiento médico en relación con el consentimiento del que lo recibe. En esta panorámica más amplia del tratamiento médico hay que situar el tema de la transfusión de sangre.

La doctrina penalista española en los últimos años trata con insistencia el tema de la transfusión sanguínea, con aplicación concreta a la negativa que a ese tratamiento oponen los Testigos de Jehová, fundados en su creencia religiosa que lo prohíbe.

El motivo de la oposición presenta características singulares que lo diferencian de los restantes casos en que se exige el consentimiento para las intervenciones o tratamientos, ya que debe tomarse en cuenta un bien tan relevante como el de la libre adopción de creencias religiosas.

Las observaciones que hacemos en este estudio se refieren al tema sólo en nuestro ordenamiento positivo y con el deseo de que otros estudios más extensos profundicen en tan importante materia.

El tratamiento médico consistente en la transfusión de sangre, como cualquier otro

tratamiento médico se basa en una relación profesional entre médico y paciente ya sea en el sector público o en el privado, aunque el primero exija algunos matices. La transfusión ofrece la característica de utilizarse algo procedente de otro ser humano, como en los trasplantes de órganos humanos, pero el medio curativo utilizado, la sangre, adquiere una relevancia muy significativa al estar prohibida por alguna religión (Testigos de Jehová), dando lugar a la negativa de admitir su empleo terapéutico por sus seguidores. Esta resistencia plantea para el médico el grave dilema de utilizar la transfusión en caso de absoluta necesidad para la salud o vida del paciente en contra de su voluntad o tener que prescindir de este tratamiento.

En este dilema hay que valorar el deber médico de actuar conforme a las reglas de su profesión (*lex artis*) y la trascendencia del consentimiento o negativa del paciente al tratamiento, motivado por sus creencias religiosas.

2. PROTECCIÓN A LA DIGNIDAD HUMANA EN LA NORMATIVA DE SANIDAD

El ordenamiento jurídico constituye un conjunto normativo armónico y ordenador, pese a las aparentes o reales contradicciones que puedan existir entre sus normas. Para la eliminación de cualquier contradicción, el ordenamiento jurídico se vale del principio de jerarquía normativa y en la cúspide jerárquica sitúa a la Constitución. Es, pues, punto de partida obligado para el tema el considerar los bienes de la persona o derechos fundamentales de la persona natural que la Constitución española garantiza. Entre esos derechos fundamentales figura en primer lugar la vida e integridad

1 ROMEO CASABONA, Carlos María. *El médico y el derecho penal*. Barcelona, 1981, pp. 389 y ss., que expone ampliamente el estado de la doctrina alemana. NAVARRO VALS y otros exponen la jurisprudencia norteamericana y de algunos países europeos, en el interesante estudio. "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y derecho español", en el libro *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado* (Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía). Universidad Complutense, Universidad de Navarra: Edersa.

física y moral (Constitución española: artículo 15), derecho protegido contra cualquier atentado no sólo los que se enumeran a continuación a título enunciativo (como tratos inhumanos o degradantes). El bien jurídico de la vida no puede interpretarse aisladamente en la Constitución pues toda persona además del derecho a la vida es titular de otros derechos fundamentales, cuya consideración es necesaria para enmarcar aquel derecho.

En efecto, la Constitución garantiza también la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades (Constitución española: artículo 16.1), por lo que la libertad ideológica y religiosa forman parte de la protección integral al ser humano comprendida en el derecho a la vida pues no cabe interpretar separadamente ambos derechos siendo precisamente la ideología de cada ser humano lo que más los define y distingue de los demás. La protección de la vida de la persona no puede contemplarse con independencia de sus creencias. Hay que entender que son bienes protegidos conjuntamente y que no cabría valorar la protección de la vida sin valorar el respeto a su libertad religiosa. La libertad religiosa también se reconoce en el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales de Roma de 1950 (artículo 9), ratificado por España. Esta protección conjunta de la persona por diversos derechos fundamentales, forma la "dignidad de la persona", como destaca la doctrina²

En los pactos internacionales y en las constituciones se garantiza el respeto a la dignidad humana. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nue-

va York de 1966 (artículo 10.1) reconoce la "dignidad inherente al ser humano" y la Constitución española sitúa la "dignidad de la persona" entre los valores que fundamentan el orden político y la paz social (artículo 10.1).

Por otra parte, la Constitución contiene normas referentes a la salud y reconoce el derecho a la protección de la salud (Constitución española: 43.1). Como desarrollo del deber de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública (Constitución española: 43.2), la Ley General de Sanidad (LGS) de 25 de abril de 1986 se inspira en el respeto a la personalidad del paciente y le atribuye la decisión sobre el tratamiento cuando se le ofrezcan varias opciones posibles.

En relación con la personalidad del paciente, la LGS prescribe que todos tienen derecho "al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical" (Ley General de Sanidad: 10.1).

El paciente será informado adecuadamente sobre su proceso incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (Ley General de Sanidad: 10.5). Se reconoce "la libre elección entre las opciones que le presente el médico responsable de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención" (Ley General de Sanidad: 10.6), salvo las excepciones que señala la ley por razones de riesgo para la salud pública, falta de capacidad para prestarlo o de urgencia, que después analizaremos detenidamente.

Ya la ley de 27 de octubre de 1979 de extracción y trasplante de órganos exigió el consentimiento del paciente como receptor del trasplante (artículo 6, C y reglamento de 22 febrero de 1980). Esta ley no

2 GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad de la persona*. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Estudio muy completo y de gran interés; véase especialmente "Sobre el tema de la sanidad pública", 1986, p. 134 y ss.

es de aplicación en la utilización terapéutica de la sangre humana y sus derivados, pero sus "principios informadores" servirán de inspiración a la regulación de dicha transfusión (Ley Disp. Ad. 2 y reglamento, disposición final 3). De esta disposición se deriva tanto un mandato al futuro legislador como un criterio de aplicación actual e inmediata de los principios inspiradores de dicha ley para la realización de las transfusiones, lo que implica aplicar el principio del consentimiento del paciente receptor de la transfusión, por de pronto, con criterio de analogía a lo dispuesto para el trasplante de órganos e injertos.

3. LA PRAXIS JUDICIAL

La realidad social ha planteado a los centros sanitarios el dilema de respetar la negativa de algunos pacientes (Testigos de Jehová), a recibir una transfusión de sangre con fines terapéuticos, en casos de gravedad y urgencia o de realizarla con autorización judicial. Se presentó un caso de éstos en el que, concedida dicha autorización a instancia médica y una vez practicada la transfusión sin consentimiento del paciente o familiares, éstos iniciaron acciones penales contra el juez. Por el necesario antejuicio de este proceso, llegaron hasta el Tribunal Supremo para resolver sobre la admisión del procesamiento del juez. La Sala Segunda de dicho tribunal decidió denegar el procesamiento al confirmar la autorización judicial de la transfusión como procedente.

La actitud médica, de pedir al juez autorización para la transfusión de sangre, encuentra fundamentos positivos en su deber profesional de procurar la salud y vida del enfermo y otros negativos de no incurrir en conducta delictiva. Su indiferencia ante la negativa del enfermo podría verse penal-

mente como auxilio pasivo al suicidio (Código Penal: artículo 409) o como omisión de socorro (Código Penal: artículo 489 bis). La actuación médica frente a la negativa del paciente podría ampararse en la justificación del estado de necesidad o en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (Código Penal: artículo 8, núms. 7 y 11).

En torno a estas figuras delictivas y causas de justificación ha venido centrándose el debate doctrinal que tiene el lógico reflejo en las resoluciones judiciales recaídas.

La autorización judicial para la transfusión a un Testigo de Jehová, recibió en varias ocasiones la confirmación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (autos TS-2 de 14 marzo 1979 y 22 diciembre 1983, este último confirmado el de 25 enero 1984).

En el supuesto que da lugar al auto de 22 de diciembre de 1983 el médico obtuvo autorización judicial para la transfusión de sangre a una paciente, Testigo de Jehová, fallecida cuatro días después, cuyo esposo se querelló contra el juez que la autorizó, siendo inadmitida a trámite en el antejuicio por el Tribunal Supremo.

La Sala Segunda rechazó que el médico hubiera incurrido en un delito de coacciones y de atentado contra la libertad religiosa, alegando que según la Ley de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980, esta libertad tiene sus límites y entre ellos se establece la "salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública" (artículo 3, párrafo 1).

Interpuesto recurso de súplica ante la misma Sala, fue desestimado por auto de 25 de enero de 1985. Solicitado el amparo ante el Tribunal Constitucional por violación de los artículos 24.1 y 16 de la Constitución española, fue inadmitido a trámite por carecer de contenido constitucional el recurso (auto del Tribunal Constitucional de 20 junio 1984).

A nuestro juicio los límites aludidos no entran en juego en el caso individual de un paciente que se niega por creencias religiosas a una transfusión de sangre, pues dichos límites protegen bienes públicos y no individuales. La salud pública entraría en juego como límite a la libertad religiosa si el paciente se negase a recibir un tratamiento que evitase el contagio de su enfermedad, como puede ocurrir con alguna vacunación. Pero si la negativa individual no pone en riesgo la salud pública, el límite contemplado en la Ley de Libertad Religiosa es inoperante en este caso.

Por otra parte la Ley de Libertad Religiosa constituye el desarrollo del artículo 16 de la Constitución española, y en dicha norma se establece como única limitación a las manifestaciones de la libertad religiosa "la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley" (Constitución española: artículo 16.1). Con razón se ha precisado que el límite aludido es sólo el orden público del Estado, es decir los principios básicos protegidos. En mi opinión, es de notar que entre los principios informadores del orden público protegido figura la propia libertad religiosa individual³.

El Tribunal Supremo fundamenta más ampliamente su postura en la sentencia de 27 de marzo de 1990 de su Sala Segunda,

valorando el derecho a la vida como superior al de la libertad religiosa, "ambos constitucionalmente protegidos, pero con preeminencia absoluta del derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás". Hay que notar para la valoración de esta sentencia que la oposición a la transfusión de sangre se lleva a cabo no por el paciente, herido por lesiones y en estado inconsciente, sino por un pariente que con violencia desconecta la transfusión que se está llevando a cabo en una clínica, ocasionando la muerte de la lesionada, justificando su conducta con la alegación de que la paciente era Testigo de Jehová⁴.

3 En los *Comentarios a la Constitución* dirigidos por Garrido Falla, se señala que el concepto jurídico indeterminado de orden público (Constitución española: 16.1) ha tratado de ser precisado por la Ley de Libertad Religiosa de 1980, en su artículo 3, inspirándose en el Convenio Europeo de Roma de 1950 (art. 9). Se señala también en esta obra que "la ley ha precisado el concepto de orden público como el orden jurídico del Estado, es decir los principios básicos del ordenamiento jurídico, entre los cuales se encuentran los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Y este concepto de orden público es un concepto evolutivo que ha de ser concretado jurisprudencialmente" (Op. cit., 2a. ed., art. 16, p. 297).

4 Véanse hechos de esta Sentencia de Tribunal Supremo (STS) en *La Ley*, 1990-3, p. 107 referencia 10.849. El FJ segundo dice: "Se ha hecho alusión precedentemente a las comunes creencias religiosas del acusado y de la víctima y el relato judicial da puntual referencia del compromiso de esta última para evitar a todo trance la transfusión de sangre, aún con riesgo de la vida, de forma que el acusado aparece como ejecutor de la voluntad explícita de la víctima, lo que en principio podría hacer dudar del sentido antijurídico de su conducta, que es tema añadido, como esencial al elemento intencional o cognoscitivo del dolo en las teorías tradicionales". "Siempre ha tenido influjo penal el consentimiento de la víctima, y a los albores del derecho pertenece la máxima romana *volenti non fit iniuria*, pero ni entonces ni en el momento actual absoluto; ciertamente, el consentimiento excluye la tipicidad penal cuando en la definición de ciertos delitos se ha tenido en cuenta dicha voluntad y la antijuricidad si el sujeto pasivo tiene libre disposición del bien jurídico afectado; sin embargo, cuando el consentimiento afecta a la vida, bien indisponible, es absolutamente ineficaz. El problema de precisar si en este caso las creencias religiosas de la conciencia o del sentido antijurídico debe recibir una respuesta negativa porque el sujeto acusado conocía el carácter ilícito de su comportamiento, ya que en la vía de la simple reflexión era posible colegir que la acción realizada estaba en abierta oposición a las normas ético-sociales vigentes, y por vía de información que aquella norma o regla de conducta religiosa

4. LA DOCTRINA PENALISTA

En la base argumental de las decisiones recaídas se toma postura sobre los temas del auxilio pasivo al suicidio (Código Penal: artículo 409) y omisión de socorro (Código Penal: artículo 489 bis) como conductas delictivas en que incurriría el médico si, frente a la negativa del paciente, dejase de utilizar la terapéutica de la transfusión de sangre. Ambas conductas delictivas han sido examinadas por la doctrina penalista reciente a propósito de los Testigos de Jehová, predominando la tesis negativa de que el médico incurra en dichas conductas, ya que los seguidores de esta creencia religiosa no quieren quitarse la vida ni dejar de curarse, sino cumplir un precepto de su creencia que impide la transfusión de sangre; pero, admiten tratamientos alternativos (Bajo Fernández, Romeo Casabona, Bueno Arús). También se estima que el paciente que obra conforme a su conciencia religiosa no está desamparado.

La doctrina penalista admite, en cambio, que si el médico, frente a la negativa a la transfusión por motivos religiosos, procediese a presionar al paciente imponiéndole dicho tratamiento, existiría un delito de coacciones (Código Penal: artículo 496) y, en caso de resultado lesivo para la salud o

había sido reprobada en repetidas resoluciones de este tribunal (AA 27 septiembre 1978, 14 marzo 79 y 22 diciembre 83) que reconocía el valor indisponible de la vida humana resolviendo a favor de este bien jurídico el conflicto suscitado con la libertad religiosa, ambos constitucionalmente protegidos, pero con preeminencia absoluta del derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás. En definitiva, las creencias religiosas indicadas, no pueden disminuir la reprochabilidad del hecho por cuanto era del todo exigible al sujeto un comportamiento adecuado a la norma".

la integridad corporal del paciente, un delito de lesiones⁵.

En cuanto al estado de necesidad —como justificación de la actuación médica—, se rechaza en la doctrina penalista siempre que el paciente esté en perfectas condiciones de consentir la intervención o transfusión y decida libremente no consentirla. Los bienes jurídicos en conflicto pertenecen al mismo sujeto y nadie más que él puede decidir cuál tenga la preferencia (Bueno Arús). El interesado podría estimar que su situación de peligro para su salud o vida le permite en conciencia no respetar un precepto religioso, pero nadie puede tomar por él dicha decisión.

5. LAS EXCEPCIONES AL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE

La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 exige el previo consentimiento por escrito del paciente, antes de cualquier intervención quirúrgica; establece excepciones: el riesgo para la salud pública, la falta de capacidad del paciente y la urgencia del caso (Ley General de Sanidad: artículo 10.6):

Primera excepción: "Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública" (Ley General de Sanidad: 10.6-a).

El bien protegido es la salud de los demás, que actúa como límite al derecho a la libertad individual. La Constitución se refiere a la salud pública imponiendo a los poderes públicos su tutela a través de medidas preventivas y servicios necesarios, debiéndose regular por ley los derechos y deberes de todos (Constitución española: artículo 43.2).

5 BUENO ARÚS, Francisco. "El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico". *Estudios de derecho penal*. Madrid: UNED, 1989, pp. 153 y ss.

La Ley Orgánica de 14 de abril de 1986, de medidas especiales de Salud Pública, cumpliendo con el mandato constitucional, faculta a las autoridades sanitarias a adoptar medidas para prevenir la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, así como de reconocimiento, tratamiento y hospitalización cuando aparezca peligro para la población. La doctrina penalista considera justificada la compulsión a un tratamiento determinado cuando se den estas circunstancias, exigiendo en todo caso intervención judicial para el internamiento forzoso⁶.

Pero estas medidas para prevenir peligro para la salud pública no interfieren en el tema de la transfusión que estamos tratando.

Segunda excepción: "Cuando (el paciente) no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas" (Ley General de Sanidad: 10.6-b).

Hay que distinguir varios supuestos para delimitar esta norma tan imprecisa: menor de edad, mayor incapacitado y mayor de edad que accidentalmente no está con suficiente conciencia como para manifestar su voluntad⁷.

- Menores: sus representantes legales (padres o tutor) tienen una legitimación genérica en relación con la persona del menor ya que han de "velar" por él (Código Civil: artículos 154 y 269). Sin embargo, ese deber genérico no hace desaparecer la personalidad del menor. El Código Civil al atribuir a los padres la representa-

ción de los hijos menores, excluye "los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo por sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo" (artículo 162, núm. 1). Además, con carácter muy general, cuando los hijos, "tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre" por los padres antes de adoptar decisiones que los afecten (artículo 154).

Siendo el derecho a la vida e integridad física la base de los derechos de la personalidad, es muy dudoso que cuando el hijo tiene suficiente discernimiento para opinar sobre una intervención quirúrgica, pueda decidirse la conformidad del hijo. La doctrina civilista hace hincapié en que la representación paterna no se extiende a los derechos de la personalidad. No sería razonable, a mi juicio, que prevaleciera la negativa del padre, frente al deseo del menor, próximo ya a su mayoría, de seguir el consejo médico. La norma del Código Civil, al excluir de la representación paterna los "actos" relativos a los derechos de la personalidad, hace muy dudosa la legalidad de una interpretación *literal* y *aislada* del precepto de la Ley General de Sanidad y de la ley de Extracción y trasplante de órganos. Creemos que la negativa del padre, sólo en base a un precepto religioso, permite al juez autorizar la transfusión indicada por el médico como imprescindible para evitar un perjuicio al menor, pudiendo el juez dictar la resolución oportuna a instancia del propio menor, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal (Código Civil: artículo 158, núm. 3). La reciente Ley Orgánica de Protec-

6 BUENO ARÚS, Francisco. Op. cit., p. 170.

7 La Ley de Extracción y Trasplante de Órganos, con mayor exactitud atribuye el consentimiento para el trasplante a un menor o deficiente mental, a sus representantes legales (art. 6, c).

ción Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996 confirma este criterio en favor del predominio del deseo del menor de recibir la transfusión contra la voluntad del padre Testigo de Jehová, ya que según esta ley "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, se interpretarán de forma restrictiva" (artículo 2, apartado 2) y la misma ley concede al menor el "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 su esfera personal, familiar o social" (artículo 9.1), siendo evidente que la decisión de la autoridad sanitaria lo afecta de modo personal.

El caso del menor sujeto a tutela es similar al del sujeto a patria potestad, ya que el tutor ha de velar por el tutelado y es su representante legal (Código Civil: artículos 267 y 269) y, si bien no existe norma que excluya de su representación los derechos de la personalidad del tutelado, la doctrina civilista se plantea la falta de representación del tutor en este ámbito, aunque sin conclusiones claras⁸. Estimo que, pese a la laguna legal, no es comprensible que se reconozca al tutor más facultades que a los padres. Como argumento de analogía cabe citar también que el tutor necesita autorización judicial para in-

ternar al tutelado en un establecimiento de salud mental (Código Civil: artículo 271, núm. 1).

- Incapacitado sujeto a tutela. Con mayor motivo que el caso del menor, es dudoso que el tutor pueda por sí solo oponerse a la intervención quirúrgica del incapacitado. Estimo que ante la propuesta médica de realizar la transfusión, corresponde al juez decidir. La ley atribuye al juez la decisión del internamiento del tutelado en establecimiento de salud mental (Código Civil: artículo 271, núm. 1). La ley exige la garantía de su intervención en beneficio del incapacitado, sustrayendo decisión tan grave a la autoridad del tutor.
- Imposibilidad de facto de manifestar el consentimiento. Salvo en caso de urgencia, que luego veremos, corresponde suplir el consentimiento a los familiares o allegados del paciente. Esta legitimación tan imprecisa traslada al médico la responsabilidad de aceptar el consentimiento que preste el familiar o allegado que acompañe al paciente. Se impone cierta cautela, al apreciar el parentesco o convivencia con el interesado.

Tercera excepción: "Cuando la urgencia no permita demoras por poder ocasionarse lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento" (Ley General de Sanidad 10.6-c). Inexistente entonces el necesario consentimiento, hay que entender que la decisión será del centro médico.

La legitimación del médico no se toma como anuladora del derecho del paciente, sus representantes o familiares a tomar la decisión si están en condiciones de hacerlo, ya que tienen una legitimación que prima incluso en caso de urgencia. La norma para este caso hay que interpretarla en su contexto (Código Civil: artículo 3.1).

8 Véase *Comentario del Código Civil*. Tomo I. Ministerio de Justicia, p. 786; considera incierto el tema, LA-CRUZ, José Luis. "Elementos", I-2, p. 67; GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen afirma la posibilidad de que el tutor, en beneficio del menor, pida autorización judicial para la intervención o transfusión, evitando la pasividad en base al "deber legal" del tutor (Com. Tecnos, pp. 492-493) opinión que nos parece acertada.

Entendemos que la urgencia no priva al paciente de su derecho a decidir, previa información adecuada, por lo que la legitimación del centro sanitario en caso de urgencia se refiere a cuando el paciente no pueda expresar su voluntad ni estén presentes sus representantes legales, familiares o allegados, pues la legitimación de éstos es preferente y la decisión médica es supletiva cuando la urgencia impida el aviso a aquéllos y esté imposibilitado el paciente⁹.

6. EL ESTATUTO DE LA SANIDAD PÚBLICA

Nos hemos referido anteriormente a la relación profesional entre el médico y el paciente, cualquiera que sea el medio público o privado en que tenga lugar, ya que los derechos de protección a la dignidad de la persona del paciente, de información y de libre elección entre las opciones presentadas por el médico, que regula la Ley General de Sanidad son de aplicación a los servicios sanitarios privados (Ley General de Sanidad: artículo 10.15). Pero cuando se trata de la sanidad pública, la ley establece normas necesarias para los servicios generales que pueden incidir en los derechos del paciente.

Entre las obligaciones de los usuarios del sistema público sanitario figura la de firmar el alta voluntaria si no aceptan el tratamiento médico propuesto y ante esa negativa, el propio centro, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá dar el alta al paciente (Ley General de Sanidad: artículo 11.4).

No es forzoso, sino potestativo para el centro sanitario dar el alta y tampoco puede interpretarse la no aceptación de un tratamiento como motivo suficiente para originar la situación de alta voluntaria, mientras existan otros tratamientos alternativos, ya que entre los derechos del paciente figura la elección entre las opciones que le presente el médico (Ley General de Sanidad: artículo 10.6), como con razón se observa¹⁰.

Sin embargo, se pretende ver como un dilema para el médico entre la expulsión del paciente del centro si se niega a la transfusión o llevarla a cabo contra su voluntad, que situaría al médico ante un estado de necesidad que justificaría la transfusión no consentida¹¹. No comparto este criterio que crea a cargo del médico una responsabilidad específica derivada del alta forzosa en el centro, a cambio de ofrecerle causa justificativa de la intervención. El problema del alta forzosa es cuestión diversa de su responsabilidad profesional pues sólo afecta a la administración pública sanitaria.

7. SÍNTESIS CONCLUSIVA

El problema de la negativa a la transfusión de sangre por creencias religiosas enfrenta normas jurídicas muy diversas y de distinta jerarquía, que deben interpretarse en su conjunto.

La Ley General de Sanidad, parte del respeto a la persona y a la dignidad humana exigiendo el consentimiento del paciente para practicarle una intervención, prin-

9 BUENO ARÚS, Francisco. *Actualidad Penal* 31, 1991, III, C.

10 BUENO ARÚS, Francisco. *Actualidad Penal* 31, II, B.

11 ECHANO, J.I. *Cuadernos de Política Criminal* 25, 1985, p. 127 y esp. p. 138.

cipio que está matizado por las excepciones que establece. Conforme a la interpretación conjunta de esas normas, solamente está facultado el médico para decidir la intervención, a falta de familiares o allegados y por urgencia, pero nunca contra la voluntad del paciente quien, con plena conciencia, la rechace por motivos religiosos.

La libertad religiosa es un derecho fundamental constitucionalmente garantizado, cuyo único límite es el orden público protegido por la ley (Constitución española: artículo 16.1 y Ley Libertad Religiosa de 1980: artículo 3.1), sin que este límite pueda impedir el ejercicio de su libertad religiosa a los individuos que personalmente se nieguen a recibir una transfusión de sangre por prohibirlo su religión.

La posible colisión entre el deber de las autoridades sanitarias de velar por la sanidad y el derecho a la libertad religiosa, debe resolverse conforme a la Constitución, a mi juicio, a favor de esta libertad, con los límites excepcionales de la Ley General de Sanidad.

No existe una pretendida colisión entre dos derechos fundamentales, la vida y la libertad religiosa pues los Testigos de Jehová no intentan el suicidio. Claro es que un miembro de esta creencia no puede impedir a otro una transfusión porque el derecho a la libertad religiosa protegido es el de cada individuo, y sólo cada persona puede decidir la aceptación o rechazo. La autoridad sanitaria no puede impedir el rechazo a la transfusión por motivos religiosos, aunque crea evitar un daño a la salud, ya que la admisión de otros tratamientos no es equivalente al suicidio, ni la pasividad del médico puede constituir conducta delictiva ya que la Ley General de Sanidad exige el consentimiento del interesado.

Cuando se trate de menores sujetos a la potestad de sus padres, éstos han de prestar su consentimiento a la transfusión se-

gún la ley, pero debería contarse con la conformidad del menor que tenga suficiente discernimiento. Es dudoso que el tutor pueda dar el consentimiento para la intervención sin recabar la autorización judicial. En caso de negativa de padres o tutores frente a la propuesta médica, el juez puede autorizar la transfusión a instancia del propio menor, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal.

Bibliografía

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis y DE LA MATA

"El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado". *La Ley*, 1990-3.

BACIGALUPO

"El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física". *Poder Judicial*. Número especial, XII.

BAJO FERNÁNDEZ

La intervención médica contra la voluntad del paciente. ADP, 1980.

— "Agresión médica y consentimiento del paciente". *Cuadernos de Política criminal* 25, 1985.

— "Testigo de Jehová y transfusión de sangre". *Jano*, 3-9 marzo 1995, número 1.114.

BARBERO SANTOS, Marino

El conflicto entre vida y libertad. Madrid, 1984.

BUENO ARÚS, Francisco

"El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico". *Estudios de derecho penal*. Madrid: UNED, 1989.

— "El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario". *Actualidad Penal* 31, 1991.

GONZÁLEZ PÉREZ

La dignidad de la persona. Discurso. Madrid, 1986.

GUALLART DE VIALA, Carlos María

La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud. Madrid: Areces, 1992.

ROMEO CASABONA

El médico y el derecho penal. La actividad curativa. Barcelona, 1981.

— *Los trasplantes de órganos*. Barcelona: Bosch.

— *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Cera, 1994.

— "Los Testigos de Jehová y el rechazo de las transfusiones de sangre". *Jano* 3-9, marzo, 1995.

RUIZ MIGUEL, Alfonso

"La autonomía de la voluntad y el derecho a la vida". *Revista de Estudios Constitucionales* 14, 1993.