Diario LA LEY nº 5675. Jueves, 12 de diciembre de 2002

# SOBRE LA CAPACIDAD DEL MENOR PARA EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES. COMENTARIO A LA TC S 154/2002 DE 18 DE JULIO (1)

Por **MARIA JOSE SANTOS MORON**
Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Carlos III

*Al hilo del examen de la resolución judicial, y contemplando el nuevo marco normativo derivado de la aprobación de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, plantea la autora la cuestión relativa a la capacidad del menor de edad para ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad o sus derechos fundamentales si posee el suficiente grado de entendimiento y madurez, concluyendo que los titulares de la patria potestad no pueden ser considerados como «garantes» en los casos en que el menor tiene capacidad natural para decidir si acepta o no determinada intervención médica.*

**SUMARIO:**

**I. Introducción.**
**II. Contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional.**
**III. La capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales.**
**IV. Consideraciones finales.**

## I. INTRODUCCION

Con fecha 18 de julio de 2002 el Pleno del Tribunal Constitucional (TC) emitió una sentencia (TC S 154/2002) anulando la decisión del Tribunal Supremo (TS) (dictada en dos sentencias de 27 de junio de 1997, ambas con el núm. 950/1997) en la que se condenó a los padres de un menor, de 13 años de edad, muerto a causa de la tardía realización de una transfusión de sangre --a la que reiteradamente se habían opuesto por motivos religiosos tanto los padres del menor como este último--, como autores de un delito de *homicidio por omisión.*

La indicada sentencia del TC analiza distintas cuestiones como son la relativa a los presupuestos necesarios para que concurra el delito de homicidio por omisión o la atinente al contenido y límites del derecho a la libertad religiosa. Sin embargo, la cuestión a nuestro juicio más trascendental es la relativa a la capacidad del menor de edad para ejercitar sus derechos fundamentales. Si bien el resultado a que llega esta sentencia --exoneración de los padres del menor acusados del homicidio del mismo-- nos parece totalmente sensato y el único aceptable, consideramos criticable la fundamentación jurídica empleada para obtenerlo, que se basa en la vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) de los titulares de la patria potestad, ya que, según el TC, no cabía exigirles una actuación radicalmente contraria a sus convicciones religiosas (FJ 14.º). Así, afirma el TC en el Fundamento Jurídico 15.º que «la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor,

*contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa* yendo ya más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor». Aunque la afirmación transcrita tiene su causa probablemente en las concretas circunstancias del caso enjuiciado, no podemos dejar de advertir que quizás el Alto Tribunal debiera haberse pronunciado con más cautela ya que una aplicación general del principio que parece desprenderse de la misma (no es exigible a los titulares de la patria potestad que actúen, en ejercicio de los deberes derivados de ésta, contrariando sus creencias religiosas) podría llevar a resultados desproporcionados. En rigor el argumento que, en nuestra opinión, debiera haber fundamentado el fallo es que en el caso enjuiciado el menor tenía suficiente capacidad para decidir por sí mismo acerca de la transfusión, resultando obligado, por consiguiente, respetar su decisión de negarse a la misma. De ahí que la consideración de sus padres como autores de un delito de homicidio por omisión careciese de todo fundamento. Hay que reconocer, no obstante, que el fallo del TC se encontraba determinado en buena medida por el modo en que se había planteado la demanda de amparo, en la que se adujo la vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa de los recurrentes. Un adecuado planteamiento del recurso de amparo (tomando como base la capacidad del menor para aceptar o rechazar la intervención médica) habría exigido, probablemente, la invocación, como derecho fundamental lesionado, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE.

## II. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En primer lugar conviene exponer los hechos que dieron lugar a la condena penal de los recurrentes en amparo.

En septiembre de 1994 el hijo de los recurrentes en amparo, que entonces tenía trece años de edad, sufrió una caída en bicicleta que le ocasionó lesiones en una pierna inicialmente sin aparente importancia. Sin embargo, tres días después comenzó a padecer hemorragias nasales que se prolongaron durante varios días, por lo que los médicos que lo atendieron aconsejaron su traslado al Hospital Arnau de Lérida donde se consideró necesario practicar al menor una transfusión ya que éste padecía una situación de alto riesgo hemorrágico. Los padres del menor manifestaron entonces que su religión no les permitía aceptar la transfusión y solicitaron la aplicación de un tratamiento alternativo. Al comunicárseles la inexistencia del mismo pidieron el alta de su hijo. La sentencia de amparo, conviene resaltarlo, destaca que el menor, «el cual profesaba también activamente la misma religión que sus progenitores», rechazó asimismo *«consciente y seriamente*, la realización de una transfusión en su persona». A la vista de la situación el centro hospitalario, que se negó a acceder al alta voluntaria solicitada, pidió la autorización del Juzgado de Guardia para efectuar la transfusión. Sin embargo, una vez obtenida dicha autorización los médicos fueron incapaces de ponerla en práctica porque el menor --según los términos de la sentencia comentada *(vid.* Antecedente de hecho segundo, apartado b)-- «sin intervención alguna de los padres, la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral». Los médicos implicados tampoco consideraron conveniente emplear medios

indirectos, como la utilización de algún procedimiento anestésico, para transfundir al menor por no considerarlo «ético ni médicamente correcto». En tales circunstancias pensaron que lo mejor era intentar convencer al menor de la necesidad de la intervención pero, al no conseguirlo, pidieron a sus padres que trataran de hacerlo. Estos, consecuentes con sus creencias, rehusaron hacerlo aduciendo nuevamente motivaciones religiosas, por lo que el personal sanitario, después de consultar telefónicamente con el Juzgado de Guardia y al no existir otro tratamiento alternativo, decidió finalmente conceder el alta voluntaria anteriormente solicitada.

Los recurrentes en amparo, si bien llevaron a su hijo a su domicilio, comenzaron a realizar gestiones para localizar un especialista en la materia que pudiese aplicar a aquél un tratamiento alternativo. El especialista en cuestión, que desarrollaba sus funciones en el Hospital Universitario Materno-Infantil del Vall D'Hebron de Barcelona, tras diagnosticar al menor un síndrome de pancetopenia grave que podía deberse a distintas causas, confirmó la opinión de los médicos precedentes informando a los interesados de que el único tratamiento posible era la realización de una transfusión, la cual era además necesaria para proceder, a continuación, a realizar pruebas para determinar las causas de la pancetopenia. Tanto los padres como el propio menor manifestaron nuevamente su negativa a la transfusión sin que el personal sanitario del centro hospitalario llevara a cabo ningún tipo de actividad dirigida a efectuarla por encima de la decisión de éstos.

Antes de volver a su domicilio los recurrentes hicieron un último intento de búsqueda de otro tratamiento alternativo y acudieron a un centro privado, el Hospital General de Cataluña, donde los facultativos reiteraron la necesidad de la transfusión que fue, nuevamente, rehusada por los recurrentes y por su hijo. Ya en su domicilio, a donde llegó la familia el día 13 de septiembre, el menor recibió asistencia del médico titular de la población quien consideró que nada nuevo podía hacer. No obstante, el día 14 el Juzgado de Instrucción competente (Fraga, en Huesca) tras recibir un escrito del Ayuntamiento de la población en que residía el menor, junto con un informe del médico titular informando de la situación en que éste se encontraba, dictó auto en el que autorizaba la entrada en el domicilio del enfermo para que fuera transfundido. Tras presentarse en dicho domicilio la Comisión Judicial, el menor fue trasladado al Hospital de Barbastro donde se procedió a realizar la transfusión autorizada de nuevo judicialmente. El menor no podía ya oponerse porque se encontraba en coma pero su estado de deterioro era tal que falleció con posterioridad a la transfusión.

Como consecuencia de los hechos descritos el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca) instruyó sumario en el que se acusó a los padres del menor fallecido de un delito de homicidio por omisión, con base los arts. 11 y 138 del CP 1995 (aunque dicho Código entró en vigor con posterioridad a los hechos expresados, se consideró aplicable como norma más favorable). La Audiencia Provincial de Huesca dictó sentencia absolutoria pero, interpuesto recurso de casación por infracción de ley contra la mencionada sentencia, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (TS S 27 de junio de 1997) estimó el recurso casando la sentencia impugnada y dictó nueva sentencia en la que se condenó a los acusados como autores de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter

de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional (atenuante a través de la cual tomó en consideración la motivación religiosa de la conducta enjuiciada).

La condena del TS, que parece repugnar cualquier sentimiento de sensibilidad y justicia, se basa en la consideración de los padres como *garantes de la salud del menor*. Conviene tener en cuenta, a este respecto, que el art. 11 del CP vigente (2) requiere para que pueda apreciarse la comisión de un delito por omisión la previa existencia de un especial deber jurídico del autor cuyo cumplimiento se omite. Pues bien, según la Sala de lo Penal del TS, que consideró totalmente irrelevante la voluntad contraria a la transfusión del menor fallecido, los titulares de la patria potestad están obligados a salvaguardar la salud de sus hijos menores de edad debiendo hacer todo lo preciso para evitar cualquier situación que pudiera ponerla en peligro. Partiendo de esta idea la Sala consideró en este caso que la conducta de los padres, al no autorizar la transfusión ni disuadir a su hijo de su negativa a dejarse transfundir, supuso una clara infracción de su deber de garantizar la salud del hijo, resultando aplicable, por tanto, el art. 11 CP. En otras palabras, los acusados «no evitaron, como les era exigido, un resultado de muerte», de modo que con tal omisión «se generaba una situación equivalente a la causación del resultado típico».

Contra la indicada sentencia se interpuso recurso de amparo sustentado en la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) y a la integridad física y moral (art. 15 CE). Aunque la titularidad de ambos derechos fundamentales se atribuyó en la demanda de amparo tanto al menor fallecido como a sus padres, el TC, como es lógico, aclara que, puesto que el recurso se dirigió contra el pronunciamiento condenatorio de los padres del menor, ha de entenderse que la vulneración denunciada se refiere exclusivamente a la del derecho fundamental a la libertad religiosa de los padres recurrentes (FJ 2.º). Ello explica que el contenido de la sentencia se dirija básicamente a determinar si efectivamente la condena penal por homicidio supuso una vulneración del derecho a la libertad religiosa de los padres del menor fallecido. Así, el TC centra el objeto del recurso (FJ 5.º) en el examen de la relación existente entre la aludida condición de garantes de los padres del menor y su derecho fundamental a la libertad religiosa.

Para decidir *si la obligación, derivada de la patria potestad, de preservar la salud del menor puede constituir un límite al derecho fundamental a la libertad religiosa de los padres*, el TC analiza en primer lugar los límites generales a los derechos fundamentales (FJ 8.º) y a continuación examina algunos extremos que, en su opinión, singularizan el supuesto enjuiciado (FJ 9.º). Se cuestiona así: a) si el menor es titular del derecho a la libertad religiosa; b) cuál es el significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito, y c) qué relevancia podía tener dicha oposición. El TC responde a la primer interrogante afirmativamente, lo cual no podía ser de otro modo, dado lo establecido en el art. 6 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, así como en el art. 14 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Sin embargo, respecto de las dos cuestiones restantes, el TC adopta una actitud vacilante, que le impide ofrecer la argumentación jurídica que, a nuestro juicio, hubiese sido correcta. Si bien afirma que «el menor expresó con claridad, en ejercicio de su derecho a

la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico», lo que suponía, «más allá de las razones religiosas que motivan la oposición del menor», el ejercicio de «un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal --como distinto del derecho a la salud o a la vida-- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)», no se atreve a sostener que el menor tenía suficiente capacidad de entendimiento y juicio para ejercitar sus derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la libertad religiosa (art. 16 CE). Por el contrario, indica que «no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza... que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de 13 años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa» (FJ 10.º). Tal afirmación llama la atención si se tiene en cuenta que seguidamente continúa diciendo que, no obstante lo expresado, «la reacción del menor a los intentos de actuación médica --descrita en el relato de hechos probados-- pone de manifiesto que había en aquél unas *convicciones y una consciencia en la decisión* por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos» (FJ 10.º). Resulta patente pues que, aunque el TC considera determinante para la resolución del caso la actitud mantenida por el menor, que, según el propio Tribunal, era perfectamente *consciente* de las consecuencias de la decisión que adoptaba, no se atreve a afirmar que éste tenía la suficiente *capacidad natural* para ejercitar por sí mismo sus derechos a la integridad física y a la libertad religiosa.

Así pues, El TC, tras poner de relieve algunas de las circunstancias particulares del caso, como el hecho de que los padres, si bien no autorizaron la transfusión, en ningún momento intentaron impedir que se llevara a la práctica la decisión judicial que la autorizaba, que no podía afirmarse con certeza que la actividad disuasoria de los padres hubiese tenido éxito convenciendo al menor para que cesara en su oposición, y que no quedaba acreditado que no hubiese alternativas que hubieran permitido la práctica de la transfusión (que, recuérdese, los médicos no quisieron imponer al menor) *(vid.* FJ 12.º), concluye anulando la condena penal por considerar que la actuación de los recurrentes se hallaba «amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa» (FJ 15.º). Y es que, como se indicó al principio, el TC entiende que no era exigible a los recurrentes una conducta distinta a la que desarrollaron --no les era exigible, en concreto, ni autorizar la transfusión ni disuadir al menor de su negativa-- porque ello resultaría contrario a sus convicciones contradiciendo «en su propio núcleo» su derecho fundamental a la libertad religiosa (FF.JJ. 14.º y 15.º).

## III. LA CAPACIDAD DEL MENOR PARA EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el Derecho moderno el consentimiento al tratamiento médico ha adquirido un importante papel como mecanismo necesario para proteger la libertad y autodeterminación del paciente. La prestación del denominado «consentimiento

informado» conlleva el ejercicio de diversos derechos fundamentales del individuo, como son el derecho a la integridad física y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (3). No obstante, en el caso enjuiciado por la sentencia comentada, dado que el rechazo por parte del menor de la transfusión que precisaba se encontraba justificado por motivos religiosos, es obvio que resulta además involucrado el derecho a la libertad religiosa de éste.
Hasta ahora la prestación de consentimiento al tratamiento médico estaba regulada en la Ley General de Sanidad cuyo art. 10.6 exige «el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención». Según el art. 10.5 LGS, antes de dar el consentimiento al tratamiento médico el paciente, así como sus familiares o allegados, tienen derecho a que se les informe adecuadamente acerca de las alternativas, consecuencias, etc., del tratamiento. Además el número 9 del citado art. 10 reconoce expresamente el derecho del paciente «a negarse al tratamiento», en cuyo caso debe solicitar el alta voluntaria.

Aunque los tres apartados mencionados del art. 10 LGS han sido derogados por la reciente 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* (Disposición derogatoria única) --que si bien no modifica sustancialmente la situación anterior (4), contiene la novedad de regular expresamente la capacidad necesaria para prestar el consentimiento al tratamiento médico (5)--, en este comentario, como es obvio, el análisis de la capacidad de los menores para dar su consentimiento al tratamiento médico se va a hacer tomando como referencia la regulación vigente en el momento de producirse los hechos enjuiciados por la Sentencia del Tribunal Constitucional.

Nos interesa resaltar, no obstante, que, como se comprobará, lo establecido en el art. 8.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, no hace sino confirmar la opinión que defendemos, esto es, la posibilidad de los menores de ejercer por sí mismos sus derechos fundamentales y, en concreto, otorgar el consentimiento al tratamiento médico, si poseen para ello suficiente grado de entendimiento y madurez.

Como observa la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del menor, dictada como consecuencia de la ratificación por España en 1990 de la Convención de derechos del niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, la tendencia en los países desarrollados es el reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. Al margen de que esté cada vez más extendida en la doctrina la idea de que al menor [que en ningún caso puede ser considerado como un sujeto *sin* capacidad de obrar, debiendo entenderse que tiene una cierta capacidad pero *limitada* (6)], debe reconocerle un ámbito general de capacidad de obrar que vendrá determinado por su capacidad natural, es decir, por su capacidad de discernimiento y juicio y su grado madurez (7), en el ámbito de los derechos fundamentales o (según la terminología habitualmente usada en materia civil) de los derechos de la personalidad, la ley consagra expresamente la regla de la *capacidad natural* (8), para el eficaz ejercicio de los mismos.

En efecto, del art. 162 del Código civil (CC) y del art. 3.1 de la LO 1/1982 de Protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se desprende que en el ámbito de los derechos de la personalidad no rigen las reglas generales sobre capacidad de obrar. Lo decisivo para el ejercicio de estos derechos es, según la terminología empleada en los citados preceptos, la posesión de «ciertas condiciones de madurez». Probablemente el uso de esta expresión se debe a que el legislador está pensando en la situación de los menores de edad puesto que su grado de desarrollo psíquico aumenta progresivamente con la edad (9), pero la misma debe ser entendida en el sentido antedicho. Es decir, como reconocimiento de que para el ejercicio de los derechos de la personalidad basta con poseer *capacidad natural* (10). Los menores de edad, por consiguiente, pueden ejercitar por sí mismos sus derechos fundamentales si poseen la suficiente capacidad de entendimiento para comprender el significado, alcance y consecuencias del acto que realizan y adoptar una decisión consciente y responsable. Conviene resaltar que en tal hipótesis, es decir, cuando el menor posee suficiente capacidad natural, *los titulares de la patria potestad carecen de facultades para intervenir en el ámbito de sus derechos de la personalidad* (11). Esto significa que ni los padres pueden sustituir al menor decidiendo en lugar de éste, ni, en caso de desacuerdo con la postura adoptada por el menor, pueden imponerle una decisión contraria a su voluntad.

Si bien la LO 1/1996 no se pronuncia expresamente sobre si el menor puede ejercitar por sí mismo los derechos que en dicha ley le son reconocidos (12), entendemos que la misma debe interpretarse a la luz de lo establecido con carácter general en el art. 162 CC y, con relación a los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen, en el art. 3.1 de la LO 1/1982.

Esta idea, que los menores de edad pueden ejercitar por sí mismos sus derechos de la personalidad o sus derechos fundamentales si poseen el suficiente grado de entendimiento y madurez, se encuentra cada vez más extendida en los ordenamientos modernos. El Código civil suizo consagra expresamente esta posibilidad tanto para los menores como para los incapacitados y dispone en su art. 19 que «las personas no emancipadas o incapacitadas que tengan *capacidad de discernimiento* pueden por sus propios actos asumir obligaciones sólo con consentimiento de sus representantes legales. Sin dicho consentimiento pueden obtener ventajas de carácter gratuito y ejercitar derechos estrictamente personales». La mencionada «capacidad de discernimiento», que equivale a lo que hemos denominado «capacidad natural», se considera un concepto relativo e indeterminado, que debe ser concretado caso por caso ya que el grado de entendimiento necesario para tomar una decisión válida depende de la naturaleza y consecuencias del acto de que se trate (13).

También la doctrina alemana ha discutido largamente si, en materia de derechos fundamentales, cabe distinguir entre titularidad y capacidad de ejercicio [los términos alemanes empleados son, respectivamente, *Grundrechtsfähigkeit* y *Grundrechtsmündigkeit* (14)], cuestión ésta ligada estrechamente a la interrogante de si

los menores de edad pueden ejercitar por sí mismos sus derechos fundamentales. Si bien la generalidad de la doctrina ha llegado a la conclusión de que las reglas civiles sobre capacidad de obrar no son aplicables en materia de derechos fundamentales se discute a partir de qué momento debe reconocerse a los menores la posibilidad de ejercitar por sí mismos sus derechos fundamentales y a través de qué criterios debe fijarse ese momento temporal (15). Debe tenerse en cuenta además que, en la medida que el art. 6.2 de la Constitución alemana (GG o *Grundgeset*) reconoce como derecho fundamental de los padres el de educar a sus hijos, la cuestión de la capacidad de los menores para ejercitar sus derechos fundamentales suele ser planteada como un supuesto de posible colisión entre derechos fundamentales (16). En la actualidad se afirma que el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG) exige que, a medida que va creciendo la capacidad de entendimiento del niño, se le otorgue mayor autonomía para adoptar decisiones personales, relativas a sus derechos fundamentales. Desde este punto de vista los derechos fundamentales del menor limitan el derecho de los padres a la educación de éstos (17) ya que los titulares de la patria potestad sólo pueden decidir en lugar del niño en tanto en cuanto *éste no esté en condiciones de decidir por sí mismo* (18).

Ahora bien, la determinación de cuándo el menor de edad puede ejercitar sus derechos fundamentales no puede hacerse abstractamente sino en función del derecho de que se trate (19). La cuestión fue resuelta en Alemania, en lo que respecta al derecho a la libertad religiosa, por la Ley de educación religiosa de 15 de julio de 1921 (20). Dicha ley, que parte de la idea de una madurez gradual del menor, fija diversas edades a tener en cuenta en la adopción de decisiones en las que está en juego la libertad religiosa. Así, a partir de los 10 años el niño debe ser oído cuando se plantee algún conflicto sobre su educación religiosa. A partir de los 12 años ya no puede introducirse al menor, contra su voluntad, en una creencia religiosa distinta a la que viene practicando, y a partir de los 14 años es libre para decidir por sí mismo qué religión adoptar (21).

En cambio, en lo que atañe a la prestación del consentimiento a un tratamiento médico, decisión ésta en la que se encuentran involucrados, como se ha dicho, tanto el derecho a la integridad física como el derecho al libre desarrollo de la personalidad del paciente, no se establece ningún límite de edad. La doctrina, siguiendo el criterio de la jurisprudencia, viene afirmando que si el menor posee madurez psíquica y moral suficiente para comprender el significado y consecuencias del consentimiento al tratamiento médico así como el de la negativa a prestarlo, puede decidir eficazmente por sí mismo (22). La valoración de si el menor tiene o no suficiente capacidad de juicio (*Urteilsfähigkeit*) le corresponde al médico y debe ser determinada teniendo en cuenta la entidad (posibles riesgos, efectos secundarios, etc.) del tratamiento o intervención de que se trate. Si el menor tiene suficiente capacidad de entendimiento o juicio no debe ser operado o tratado médicamente contra su voluntad con base en una decisión paterna (23).

Volviendo al Derecho español y centrándonos ahora en la posibilidad de ejercicio, por parte de los menores, del derecho a la libertad religiosa, ha de señalarse que la doctrina especializada viene entendiendo que las reglas generales sobre capacidad de obrar no son aplicables al derecho a la libertad religiosa para cuyo ejercicio basta con poseer suficiente

madurez y juicio (24). Así, entre los autores más recientes, basándose en lo establecido en el art. 162 CC y en los principios en que se inspira la Convención sobre Derechos del niño de 1989 y la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (25), se afirma que el menor que alcanza la suficiente madurez puede ejercitar libremente su derecho a la libertad religiosa, indicándose además que, pese a que el art. 27.3 CE recoge el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, si el menor posee la suficiente madurez, en caso de conflicto debe prevalecer el derecho a la libertad religiosa del menor sobre el derecho de los padres (26).

En cuanto a la posibilidad del menor de otorgar el consentimiento a los tratamientos e intervenciones médicas, dado que la LGS no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, la mayoría de la doctrina considera que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 162 CC, debe entenderse que si el menor posee suficiente capacidad de comprensión y juicio, le corresponde a él tomar la decisión relativa al tratamiento o intervención (27). Esta regla ha sido ahora consagrada legalmente en el art. 3.c) de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre (28), que entrará en vigor el 16 de mayo de 2003 (DF única). Por otra parte se viene entendiendo que es el médico que atiende al menor quien debe determinar, en cada caso concreto, si éste reúne las suficientes condiciones de madurez, debiendo tenerse en cuenta, a este respecto, que la prestación del consentimiento cuando se trate de actos médicos de gran complejidad requerirá mayor grado de discernimiento que si se trata de intervenciones banales (29). Conviene destacar, en este sentido, que la ley 41/2002, de 14 de noviembre, también ha consagrado legalmente la idea según la cual corresponde al médico valorar la capacidad del paciente (30).

La idea expresada coincide en lo sustancial con los planteamientos presentes en la doctrina anglosajona en lo relativo a la capacidad necesaria para otorgar el consentimiento a un tratamiento médico. En el Derecho anglosajón, que es el que mayor atención ha dedicado al estudio del denominado «consentimiento informado», se viene entendiendo que, para que el consentimiento emitido por el enfermo sea válido, basta con que éste *posea la capacidad de comprensión necesaria para procesar la información recibida sobre el tratamiento en cuestión y comprender el alcance e implicaciones del mismo.* Desde esta perspectiva los menores de edad pueden decidir en este ámbito si tienen la suficiente capacidad de comprensión, capacidad que deberá valorar el médico con referencia a cada concreta decisión (31).

## IV. CONSIDERACIONES FINALES

La aplicación de las ideas expuestas al caso enjuiciado por el TC debiera haber llevado a la conclusión, en nuestra opinión, de que el menor poseía suficiente madurez y juicio para decidir --en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa, su derecho a la integridad física y su derecho al libre desarrollo de la personalidad-- acerca de la transfusión.

El TC no se atreve, sin embargo, a afirmar que el menor tuviese capacidad natural suficiente para tomar una decisión como la de rechazar la transfusión y ello a pesar de

que el comportamiento del personal sanitario demuestra que los propios médicos así lo admitieron. De otro modo ¿cómo se explica que los facultativos que atendieron al menor no fuesen capaces de imponerle la transfusión a pesar de contar con la correspondiente autorización judicial? La negativa del menor fue tan contundente que, según los términos de la propia sentencia del TC, el personal sanitario no consideró *ético* ni *médicamente correcto* llevar a cabo la intervención (ni siquiera empleando medios indirectos como la sedación --Antecedente de hecho 2.º, apartado b--).

Probablemente la actitud del TC contraria a la aceptación de la capacidad del menor se explica por la natural reticencia a admitir que cualquier persona, sobre todo si no ha alcanzado la mayoría de edad, pueda rechazar una intervención poniendo en peligro con ello su vida. Por ejemplo en el Derecho inglés, a pesar de que los menores de edad inferior a 16 años (32) pueden dar por sí solos el consentimiento a los tratamientos médicos si tienen la suficiente capacidad de entendimiento (en caso contrario corresponde a los titulares de la patria potestad la prestación del mismo), lo cierto es que, al parecer, en la práctica los tribunales ingleses vienen exigiendo un mayor grado de capacidad cuando se trata de rehusar un tratamiento médico que cuando se trata de prestar su consentimiento al mismo. La cuestión se ha planteado de hecho con ocasión de menores que rechazaban transfusiones de sangre por motivos religiosos, supuesto en el cual, habitualmente sus padres, por profesar la misma religión, se niegan igualmente a prestar el consentimiento a la intervención. La solución adoptada por los tribunales ingleses para obviar la oposición del menor ha sido elevar el grado de capacidad requerido para adoptar una decisión válida, afirmando que el menor implicado no comprende suficientemente las consecuencias de la omisión de la intervención médica y, ordenando, en consecuencia, que se lleve a cabo ésta contra su voluntad (33).

Las resoluciones referidas han sido criticadas por la doctrina puesto que no parece lógico que se exija diverso grado de capacidad cuando la decisión se refiere a un mismo tratamiento médico dependiendo de que la opción adoptada sea el consentir o el rechazar el tratamiento en cuestión. Además ello supone la exigencia de requisitos más estrictos para valorar la capacidad de los menores que la de los adultos (34).

En cualquier caso, al margen de que resulte criticable la postura de los tribunales ingleses, en cuanto eleva la capacidad necesaria para adoptar una decisión válida cuando el contenido de la misma consiste en la negativa al tratamiento médico, lo cierto es que la situación enjuiciada por la sentencia que comentamos no es parangonable con la descrita. Y es que de los hechos relatados se desprende que tanto los médicos implicados como el juez que inicialmente dio la autorización --que fue consultado por el personal sanitario del hospital en que el menor fue ingresado antes de darle el alta-- consideraron que no debía imponerse al menor la transfusión contra su voluntad. Tal comportamiento sólo se explica si se acepta que, a juicio de los médicos --que son quienes, como se indicó con anterioridad, deben valorar la capacidad del paciente-- el menor era plenamente consciente de las consecuencias y del alcance de su decisión y, por consiguiente, poseía la capacidad necesaria para decidir eficazmente en este ámbito.

De admitirse la premisa indicada --el menor poseía suficiente capacidad para tomar decisiones en el ámbito sanitario-- la consecuencia que necesariamente hay que extraer es la falta de legitimación de los padres para autorizar la transfusión rechazada por el menor. Partiendo de esta idea no cabe sostener que los padres son *en todo caso* --como parece entendió la Sala de lo Penal del TS-- garantes de la vida del hijo menor de edad. Los titulares de la patria potestad no pueden ser considerados como «garantes» en los casos en que el menor tiene capacidad natural para decidir por sí mismo si acepta o no la intervención médica.

En este sentido, llama la atención la argumentación empleada por el Tribunal Supremo al incardinar el resultado de muerte al comportamiento omisivo de los padres. En realidad fue la negativa del menor a la transfusión y no la falta de autorización de los padres, que fue suplida por la autoridad judicial, lo que motivó el que ésta no se llevara a cabo. Pero, si los médicos no fueron capaces de llevar a cabo la transfusión autorizada judicialmente contra la voluntad expresa del menor ¿acaso el resultado habría sido distinto de haber autorizado los padres el tratamiento? Lo más seguro es que no. Tampoco parece probable que los padres hubiesen tenido éxito de haber intentado convencer al menor para que aceptara la transfusión, si se tiene en cuenta la radical oposición a la misma manifestada por éste «con auténtico terror». De hecho el menor tenía ya edad suficiente para rechazar un arbitrario cambio en sus creencias religiosas. Recuérdese en este sentido, y a título de ejemplo, que la ley alemana de libertad religiosa fija en los 12 años la edad a partir de la cual los padres no pueden obligar al niño a modificar sus convicciones religiosas.

Pues bien, en lugar de afirmar que el menor tenía suficiente capacidad para rechazar eficazmente la transfusión, no recayendo en tal caso sobre sus padres el deber de preservar --contrariando su voluntad-- la salud o la vida de aquél, el TC ha fundamentado la exculpación de los recurrentes en amparo en la violación de su derecho fundamental a la libertad religiosa. Aunque el planteamiento del que parte el TC se justifica, como se indicó, porque la propia demanda de amparo invocó tal derecho como lesionado, la argumentación realizada resulta criticable porque de las afirmaciones del TC parece desprenderse que el derecho a la libertad religiosa de los padres prevalece, en caso de conflicto, sobre los deberes derivados de la patria potestad. En efecto, en los fundamentos jurídicos 14 y 15 el TC viene a decir que tanto la autorización a la transfusión como la actividad dirigida a disuadir al menor de su negativa a la misma, constituyen «una concreta y específica actuación *radicalmente contraria a sus convicciones religiosas»* que, por tanto, *no les era exigible.*

Piénsese, sin embargo, en lo que habría ocurrido si el menor implicado hubiese sido de corta edad, por ejemplo de tres, cuatro o cinco años, en cuyo caso no podría haberse opuesto de forma consciente y voluntaria a la transfusión ni tampoco autorizarla válidamente. ¿Acaso cabe mantener que los padres de un menor de dicha edad, que no está en condiciones de decidir por sí mismo, *no están obligados a autorizar las intervenciones médicas que sean indispensable para su salud* si con ello contrarían sus creencias religiosas?

En nuestra opinión debe quedar claro que el derecho de los padres a la libertad religiosa en ningún caso puede justificar la lesión --ya sea por vía de acción, ya por vía de omisión-- de la integridad física o de la salud del menor (35) (partimos siempre del supuesto en que el menor *no puede decidir por sí mismo).* La doctrina anglosajona señala, en este sentido, que cuando entran en conflicto el derecho a la libertad religiosa de los padres y la necesidad de proteger la salud del menor como ocurre en los supuestos en que aquéllos rechazan tratamientos vitales para éste, los tribunales resuelven tal conflicto pronunciándose a favor de los derechos del niño (36). La misma postura se mantiene en el Derecho alemán. Se indica así que los padres no pueden oponerse a medidas necesarias para la vida del niño sobre la base de sus creencias religiosas ya que la invocación del derecho fundamental a la libertad de conciencia y religión (reconocido en el art. 4 de la Constitución alemana) retrocede ante la obligación de salvar la vida del propio hijo (37). Y es que la patria potestad no puede convertirse, bajo ningún concepto, ni siquiera con fundamento en el derecho a la libertad religiosa, en un derecho a decidir sobre la vida del hijo (38).

Aunque en la práctica no parece probable que una actuación omisiva de los padres pueda poner en peligro la vida o la salud de los menores que no tienen la suficiente capacidad para dar el consentimiento al tratamiento médico, ya que lo habitual en estos casos es que los médicos soliciten directamente la correspondiente autorización judicial (39), debe tenerse presente que, en rigor, la negativa al tratamiento necesario para la salud del hijo *cuando éste no puede decidir por sí mismo al respecto* --así lo pone de relieve la doctrina penalista-- constituiría un ejercicio abusivo de la patria potestad (40), no amparado por el derecho a la libertad religiosa, y en virtud del cual los padres podrían incurrir en responsabilidad penal (41). En cambio, si el menor tiene suficiente capacidad para decidir por sí mismo, como ocurrió en el caso de la sentencia comentada, tanto sus padres como el médico que lo trate deben respetar su voluntad (42). Es únicamente en tal hipótesis cuando no cabe exigir a los padres que autoricen el tratamiento rechazado por el menor o convenzan a éste para que lo acepte. Pero no porque con ello puedan verse contrariadas, en su caso, sus creencias religiosas, como sostuvo en el supuesto de autos la sentencia del TC comentada, sino porque cuando el hijo tiene suficiente entendimiento y madurez para ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad los titulares de la patria potestad no están facultados para intervenir en ese ámbito.

**NOTAS**

(1) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación PB 98-0023 financiado por la DGESIC

(2) Art. 11 CP: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión de la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

(3) *Vid.* SANTOS MORON, *Incapacitados y Derechos de la personalidad,* Madrid, 2000, págs. 54 y 55.
(4) El art. 8.1 de esta Ley dispone: «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso». Según el art. 8.5 el paciente «puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento». Por otra parte, el art. 9 contempla los supuestos (riesgo para la salud pública, riesgo inmediato para el enfermo) en que los facultativos pueden prescindir del consentimiento del paciente y el art. 21 se refiere a la negativa a aceptar el tratamiento prescrito.
(5) *Vid. infra* notas 28 y 30.
(6) Así lo mantuvo ya en 1952 DE CASTRO, en su *Derecho civil de España,* II, págs. 174-175.
(7) Por todos *vid.* ARANDA RODRIGUEZ, *La representación legal de los hijos menores,* Madrid, 1999, págs. 29 y ss., y en especial págs. 33, 34, 35, 36 y 38; JORDANO FRAGA, «La capacidad general del menor», *RDP*, 1984, págs. 892 y ss.
(8) La capacidad natural, como hemos mantenido en otro lugar, es un concepto que alude a la existencia de discernimiento suficiente para comprender, dada una determinada situación, el alcance y consecuencias de la decisión a adoptar. De ahí que sólo pueda valorarse caso por caso y no de forma abstracta y general ya que puede tenerse capacidad natural para realizar unos actos y para otros no puesto que el grado de discernimiento requerido para tomar una decisión de forma plenamente consciente y libre dependerá de la naturaleza y consecuencias de la misma. *Vid.* SANTOS MORON, *Incapacitados y derechos de la personalidad,* cit., págs. 44 y ss.
(9) Así, cuando se trata de sujetos incapacitados por deficiencias psíquicas, ha de interpretarse tal locución como relativa a la posesión de suficiente capacidad de discernimiento. SANTOS MORON, ob., cit., pág. 34.
(10) RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil,* Madrid, 1995, págs. 256, 257.
(11) De acuerdo con el art. 162.1 los actos relativos a los derechos de la personalidad del hijo «quedan excluidos del ámbito de la representación legal» cuando el menor posee suficientes condiciones de madurez para ejercitar dichos derechos por sí mismos. Sólo cuando el menor carece de la suficiente capacidad natural corresponde a los titulares de la patria potestad ejercitar tales derechos, si bien, como observa DIEZ-PICAZO («Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad», *ADC,* 1986, pág. 6), cuya opinión es seguida por la mayoría de la doctrina, no tanto como representantes legales (se parte de que las facultades o acciones de naturaleza estrictamente personal, así como los derechos de la personalidad, no pueden ser ejercidos a través de un representante legal. DE CASTRO, ob. cit., págs. 56, 179, 315) sino más bien en cumplimiento de su deber de velar por ellos. Conviene recordar, en cualquier caso, que cuando corresponde a los padres, ante la falta de capacidad natural del hijo, tomar decisiones relativas a los derechos de la personalidad de éste, el criterio que debe presidir la resolución adoptada debe ser el del *interés del menor* (cfr. art. 154.2 CC).
(12) El art. 2 se limita a prever, en el párrafo segundo, que «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva», lo que, como

observan DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho civil,* I, 10.ª ed., Madrid, 2002, pág. 230, «no es ninguna novedad, pues desde siempre éste ha sido el criterio unánime de la doctrina jurisprudencial en materia de capacidad de obrar». Y el art. 9.1, siguiendo las directrices del art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño dispone que «el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social».

(13) Sobre la interpretación de este precepto *vid.*, más ampliamente, SANTOS MORON, ob. cit., págs. 44-47.

(14) MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar,* t. II, München, 2001, art. 19.3, núm. 16, definen la denominada «Grundrechtfähigkeit» como la capacidad para ser titular de derechos fundamentales y la «Grundrechstmündigkeit» como la capacidad de las personas físicas para poder ejercitar por sí mismos («selbstandig») sus derechos fundamentales.

(15) *Vid.* Una clara síntesis de la controversia en HOHM, «Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung», *NJW,* 1986, pág. 3109.

(16) HOHM, ob. loc. últ. cit.; MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, cit., art. 19.3, núm. 17. Estos últimos niegan, sin embargo, que se trate de un verdadero supuesto de colisión entre derechos fundamentales ya que la propia estructura de la patria potestad implica que a los padres se les atribuye el derecho a la educación de los hijos, no en su propio interés, sino *en interés de éstos.* No se trata por tanto de ponderar qué derecho prevalece sino de establecer límites al derecho, de los padres, a la educación de los hijos (núms. 21, 22).

(17) PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch,* 61. ed., München, 2002, Introducción al §1626, núm. 4; PESCHEL-GUTZEIT, en *Staudinger Kommentar,* libro 4.º, 12.º ed., 1992, Introducción al § 1626, núm. 23.

(18) PESCHEL-GUTZEIT, ob. cit., § 1626, núm. 18; MAUNZ-DÜRIG, ob. cit., art. 19.3, núm. 22.

(19) MAUNZ-DÜRIG, ob. cit., art. 19.3, núm. 16.

(20) En Alemania suele considerarse que forma parte del derecho general de los padres a educar a sus hijos el derecho a educarles en la religión más conforme a sus creencias.

(21) *Vid.* GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts,* 4.ª ed., München 1994, pág. 1003; HINZ, en *Münchener Kommentar,* t. 8, 3.º ed., München 1992, § 1631 BGB, RelKEG, núms. 2 y ss.

(22) MÜNCHENER-HINZ, ob. cit., § 1626, núm. 45; STAUDINGER/PESCHEL-GUTZEIT, ob. cit., § 1626, núms. 89, 90.

(23) STAUDINGER/PESCHEL-GUTZEIT, ob. cit., § 1626, núms. 93, 94, 96.

(24) SERRANO POSTIGO, «Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español», en *Estudios de Derecho canónico y eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado,* Madrid, 1984, pág. 816; MANTECON SANCHO, *El derecho fundamental de libertad religiosa,* Pamplona, 1996, pág. 89.

(25) *Vid.* PUENTE ALCUBILLA, *Minoría de edad, religión y Derecho,* Madrid, 2001, págs. 37 y ss.

(26) PUENTE ALCUBILLA, ob., cit., págs. 275, 277, 326, 327, 341.

(27) COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, Oñati, 1988, pág. 292, texto y nota 419; VIANA CONDE y DE SAS FOJON, «El consentimiento informado del enfermo», *La Ley*, 1996, 2, pág. 1335; GALAN CORTES, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, 1997, pág. 33; FRAGA MANDIAN/LAMAS MEILAN, *El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico.-quirúrgica)*, Galicia, 1999, págs. 36 y ss.; ROMEO MALANDA, «El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario» (I), *La Ley*, 16 de noviembre de 2000, pág. 3. Más ampliamente, *vid.* SANTOS MORON, ob., cit., págs. 56 y ss.
De opinión en parte diversa, AA.VV., *Los menores en el Derecho español*, Madrid, 2002, pags. 547-580; quienes consideran que, si bien al menor mayor de 16 años debe reconocérsele el derecho a dar su consentimiento al tratamiento médico, entre los 12 y los 16 años de edad es preciso además del consentimiento del menor el de sus representantes legales.
(28) Según el art. 8.3 letra c), el consentimiento al tratamiento médico deberá ser otorgado por los representantes legales del menor cuando éste «no sea *capaz intelectual ni emocionalmente* de comprender el alcance de la intervención», lo que «a sensu contrario» significa que el consentimiento deberá prestarlo por sí mismo el menor que tenga la indicada capacidad. El citado precepto añade que en el supuesto en que el menor no pueda prestar por sí mismo el consentimiento al tratamiento médico «el consentimiento lo dará el representante legal del menor *después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos*». Además se establece que «cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados pero emancipados o *con dieciséis años cumplidos* no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».
(29) ROMEO MALANDA, ob. cit., pág. 3. Sobre los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la capacidad necesaria para dar el consentimiento a los tratamientos e intervenciones médicas *vid.* SANTOS MORON, ob. cit., págs. 64 y ss., en especial pág. 77.
(30) Según el art. 8.3 letra a) de la citada ley el consentimiento deberá ser otorgado por el representante legal del paciente (o a falta de éste, por las personas vinculadas al enfermo por razones familiares o de hecho) cuando éste «no sea capaz de tomar decisiones, *a criterio del médico responsable de la asistencia*, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación». Asimismo, el art. 5, que regula el derecho del paciente a recibir la información relativa al tratamiento dispone que «cuando el paciente, *según el criterio del médico que le asiste*, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho».
(31) *Vid.* SANTOS MORON, ob. cit., págs. 64, 65.
(32) De acuerdo con la s. 8 de la Family Law Reform Act de 1969 los menores de edad superior a 16 años tienen derecho a prestar el consentimiento a cualquier tratamiento quirúrgico o dental. Los menores de edad inferior a 16 años, a partir de la decisión de la Cámara de los Lores en el caso Gillick pueden consentir válidamente el tratamiento

médico si son capaces de entender las consecuencias que implica. KENNEDY y GRUBB, *Medical Law*, 3.ª ed., London, Edinburgh, Dublín, 2000, págs. 644, 645.
(33) Siguiendo una línea similar a la expuesta en España hay quien adopta diferente postura según que el menor otorgue el consentimiento a la intervención o la rechace dependiendo la solución, en este segundo caso, de las consecuencias de la no intervención. Así ROMEO MALANDA, ob. cit., pág. 4, opina que tratándose de un menor maduro, debe respetarse su voluntad si rechaza un tratamiento médico, pero sólo si dicho rechazo no pone en peligro su salud. Si la negativa del menor a someterse a un tratamiento o intervención puede poner en peligro su vida deberá considerarse ineficaz el consentimiento (en rigor, la negativa) prestado por el menor. En tal caso el médico, si la intervención es sumamente urgente, podrá actuar en contra de la voluntad del menor maduro amparado en el estado de necesidad. En otro caso deberá solicitar autorización judicial que apruebe la intervención.
(34) Se añade asimismo que, en rigor, habría sido más honesto por parte de los tribunales implicados reconocer que empleaban su «prospective jurisdiction» para prescindir de la voluntad de un paciente capaz sobre la base de un interés de la sociedad en proteger a toda costa a los menores con independencia de su edad. Parece por tanto que la idea que subyace a estas decisiones es en realidad que la sociedad no permite a los menores tomar la decisión de morir. No se trata pues de un problema de falta de capacidad. *Vid.* FORTIN, *Children's Rights and the Developing Law*, London Edinburgh, Dublín, 1998, págs. 103-110; KENNEDY y GRUBB, ob. cit., págs. 649, 650.
(35) Así, FELDMAN, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, 1993, pág. 159.
(36) KENNEDY y GRUBB, ob. cit., págs. 805-811.
(37) MÜNCHENER-HINZ, ob. cit., § 1626, núm. 45.
(38) GERNHUBER, ob. cit., pág. 1008.
(39) La doctrina española viene entendiendo que en estos casos los médicos no están obligados a respetar la decisión de los padres pudiendo llevar a cabo la intervención rechazada con la correspondiente autorización judicial. COBREROS MENDAZONA, ob. cit., págs. 296, 298; ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, págs. 453, 454.
(40) JORGE BARREIRO, «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, pág. 24.
(41) ROMEO CASABONA, ob. cit., págs. 453, 454.
(42) JORGE BARREIRO, ob. cit., pág. 24.