

Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio (BOE núm. 188, de 7 de agosto). Pleno. Recurso de amparo 3468/97. Otorga el amparo. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar. **CASO TESTIGOS DE JEHOVÁ.**

Derecho a la libertad religiosa (art. 16.1 CE): contenido y límites de este derecho fundamental; vulneración por una condena penal a unos Testigos de Jehová, padres de un menor que murió tras negarse a recibir transfusiones de sangre autorizadas por el Juzgado de guardia, por no haberle convencido para deponer su actitud ni haber autorizado dicha intervención médica.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3468/97, promovido por don P.A.T. y doña L.V.R., representados por la Procuradora doña Pilar AzorínAlbiñana López y asistidos por el Abogado don Julio Ricote Garrido, contra las Sentencias, ambas primera y segunda de igual fecha, 27 de junio de 1997, y con igual número, 950/1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 3248/96, que resolvieron recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 20 de noviembre de 1996 de la Audiencia Provincial de Huesca, en la causa núm. 2/95, seguida por delito de homicidio, procedente del Juzgado de Instrucción de Fraga. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Cachón Villar, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 31 de julio de 1997, la Procuradora de los Tribunales doña Pilar AzorínAlbiñana López, en nombre y representación de don P.A.T. y doña L.V.R., interpuso recurso de amparo contra las Sentencias, primera y segunda, ambas de igual fecha, 27 de junio de 1997 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictadas en recurso de casación formulado contra la Sentencia, de fecha 20 de noviembre de 1996, de la Audiencia Provincial de Huesca, a la que casaron y anularon, condenando a dichos recurrentes por delito de homicidio con la circunstancia atenuante, muy cualificada, de obcecación o estado pasional.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo relevantes para la resolución del caso son sustancialmente los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción de Fraga tramitó sumario, por el procedimiento ordinario, con el número 2/95 por el fallecimiento del menor M.A.V., en el que, abierto el juicio oral, fueron acusados los ahora recurrentes en amparo. Vista la causa en juicio oral y público por la Audiencia Provincial de Huesca, ésta dictó Sentencia con fecha 20 de noviembre de 1996, cuyo pronunciamiento es del tenor literal siguiente: «Que debemos absolver y absolvemos libremente a los acusados P.A.T. y L.V.R. 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 contra sus bienes, declarando de oficio el pago de las costas causadas». El delito de que se les acusaba, en concepto de autores, por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas era el de homicidio por omisión, previsto y penado en el art. 138, en relación con el art. 11, ambos del Código penal de 1995, por estimarse aplicable como norma más favorable. Se estimaban concurrentes la circunstancia atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que producen obcecación, como muy cualificada, y la circunstancia agravante de parentesco, previstas respectivamente en los arts. 21.3 y 23 de dicho Código.

Se pedía para cada uno de ellos la pena de cuatro años de prisión, accesorias y costas.

b) En la expresada Sentencia se declararon como probados los siguientes hechos: «Los acusados P.A.T., agricultor, y su esposa L.V.R., ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, mejor circunstanciados en el encabezamiento de esta resolución, en el mes de Septiembre de mil novecientos noventa y cuatro venían residiendo en Ballobar (Huesca) junto con su hijo M.A.V., quien entonces tenía trece años de edad. Pues bien, el menor M. tuvo una caída con su bicicleta el día tres de Septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, ocasionándose lesiones en una pierna, sin aparente importancia; tres días después, el día seis, sangró por la nariz, siendo visto, a petición de sus padres, por un ATS que no le dio tampoco más importancia; y el jueves día ocho lo hizo más intensamente, poniéndose pálido, por lo que su madre lo llevó a la Policlínica que sanitariamente les correspondía, la de Fraga (Huesca) donde aconsejaron el traslado del menor al hospital Arnau de Lérida, traslado que ambos acusados hicieron con su hijo ese mismo jueves, llegando a dicho centro alrededor de las nueve o las diez de la noche. Los médicos del centro, tras las pruebas que estimaron pertinentes, detectaron que el menor se encontraba en una situación con alto riesgo hemorrágico prescribiendo para neutralizarla una transfusión de seis centímetros cúbicos de plaquetas, manifestando entonces los padres del menor, los dos acusados, educadamente, que su religión no permitía la aceptación de una transfusión de sangre y que, en consecuencia, se oponían a la misma rogando que al menor le fuera aplicado algún tratamiento alternativo distinto a la transfusión, siendo informados por los médicos de que no conocían ningún otro tratamiento, por lo que entonces solicitaron los acusados el alta de su hijo para ser llevado a otro centro donde se le pudiera aplicar un tratamiento alternativo, petición de alta a la que no accedió el centro hospitalario por considerar que con ella peligraba la vida del menor, el cual también profesaba activamente la misma religión que sus progenitores rechazando, por ello, consciente y seriamente, la realización de una transfusión en su persona. Así las cosas, el centro hospitalario, en lugar de acceder al alta voluntaria solicitada por los acusados, por considerar que peligraba la vida del menor si no era transfundido, solicitó a las cuatro horas y treinta minutos del día nueve autorización al Juzgado de guardia el cual, a las cinco de la madrugada del citado día nueve de Septiembre, autorizó la práctica de la transfusión para el caso de que fuera imprescindible para salvar la vida del menor, como así sucedía, pues la misma era médicamente imprescindible para lograr a corto plazo la recuperación del menor, neutralizando el alto riesgo hemorrágico existente, y poder así continuar con las pruebas precisas para diagnosticar la enfermedad padecida y aplicar en consecuencia el tratamiento procedente. Una vez dada la autorización judicial para la transfusión, los dos acusados acataron la decisión del Juzgado, que les fue notificada, de modo que no hicieron nada para impedir que dicha decisión se ejecutara, aceptándola como una voluntad que les era impuesta en contra de la suya y de sus

convicciones religiosas; es más, los acusados quedaron completamente al margen en los acontecimientos que seguidamente se desarrollaron. Haciendo uso de la autorización judicial los médicos se dispusieron a realizar la transfusión, pero el menor, de trece años de edad, sin intervención alguna de sus padres, la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral. Por esa razón, los médicos desistieron de la realización de la transfusión procurando repetidas veces, no obstante, convencer al menor para que la consintiera, cosa que no lograron. Al ver que no podían convencer al menor, el personal sanitario pidió a los acusados que trataran de convencer al niño los cuales, aunque deseaban la curación de su hijo, acompañados por otras personas de su misma religión, no accedieron a ello pues, como su hijo, consideraban que la Biblia, que Dios, no autorizaba la práctica de una transfusión de sangre aunque estuviera en peligro la vida. Así las cosas, no logrando convencer al menor, el caso es que los médicos desecharon la posibilidad de realizar la transfusión en contra de su voluntad, por estimarla contraproducente, por lo que, sin intervención alguna de los acusados, tras desechar los médicos la práctica de la transfusión mediante la utilización de algún procedimiento anestésico por no considerarlo en ese momento ético ni médicamente correcto, por los riesgos que habría comportado, después de ``consultarlo" telefónicamente con el Juzgado de guardia, considerando que no tenían ningún otro tratamiento alternativo para aplicar, en la mañana del día nueve, viernes, aunque pensaban, repetimos, que no existía ningún tratamiento alternativo, accedieron los médicos que lo trataban a la concesión del alta voluntaria para que el menor pudiera ser llevado a otro centro en busca del repetido tratamiento alternativo, permaneciendo no obstante el niño en el hospital Arnau de Lérida unas horas más pues los padres, los acusados, pedían la historia clínica para poder presentarla en un nuevo centro, no siéndoles entregada hasta alrededor de las catorce horas; procediendo los dos acusados, ayudados por personas de su misma religión, a buscar al que consideraban uno de los mejores especialistas en la materia, siendo su deseo que el niño hubiera permanecido hospitalizado hasta localizar al nuevo especialista médico. No obstante, por causas que se ignoran, probablemente por considerar el centro hospitalario que entregada la historia clínica la presencia del menor dentro del centro ya no tenía ningún objeto si no le podían aplicar la transfusión que el niño precisaba, por la tarde del día nueve de Septiembre, viernes, los acusados llevaron a su hijo a su domicilio, continuando con las gestiones para localizar al nuevo especialista, concertando finalmente con él una cita para el lunes día doce de Septiembre, siempre de mil novecientos noventa y cuatro, en el Hospital Universitario Maternoinfantil del Vall D'Hebrón de Barcelona, al que, siendo aproximadamente las diez de la mañana, se trasladaron los acusados acompañando a su hijo. Una vez en dicho Hospital el niño fue reconocido en consulta siéndole diagnosticado un síndrome de pancetopenia grave debido a una aplaxia medular o a infiltración leucémica, considerando urgente nuevamente la práctica de una transfusión para neutralizar el riesgo de hemorragia y anemia y proceder, a continuación, a realizar las pruebas diagnósticas pertinentes para determinar la causa de la pancetopenia e iniciar luego su tratamiento. Los acusados y el mismo menor, nuevamente, manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar una transfusión, firmando ambos acusados un escrito en dicho sentido, redactado en una hoja con el membrete del Hospital Universitario Maternoinfantil del Vall D'Hebrón. Así las cosas, como quiera que en este centro nadie creyó procedente pedir una nueva autorización judicial para efectuar la transfusión, ni intentar nuevamente realizarla haciendo uso de la autorización judicial emitida por el Juzgado de Lérida, ni intentar tampoco efectuarla por propia decisión de

los mismos médicos adoptada, en defensa de la vida, por encima de la determinación tomada, por motivos religiosos, por el paciente y sus padres pues el caso es que los acusados, los padres del menor, acompañados por personas de su misma religión, pensando que pecaban si pedían o aprobaban la transfusión, como quiera que deseaban la salvación de su hijo, al que querían con toda la intensidad que es usual en los progenitores, antes de llevar al menor a su domicilio se trasladaron con él al Hospital General de Cataluña, centro privado cuyos servicios habrían de ser directamente sufragados por los acusados, en el que nuevamente, con todo acierto, reiteraron los médicos la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, que fue nuevamente rechazada por los acusados y por su hijo, por sus convicciones religiosas, por considerarla pecado, sin que nadie en este centro tomara nuevamente la determinación de realizar la transfusión contra la voluntad del menor y de sus padres, por su propia decisión o usando la autorización del Juez de Lérida, que conocían en el centro, o solicitando una nueva autorización al Juzgado que correspondiera de la ciudad de Barcelona, por lo que los acusados, no conociendo ya otro centro al que acudir, emprendieron con su hijo el camino de regreso a su domicilio, al que llegaron sobre la una de la madrugada del martes día trece de Septiembre donde permanecieron durante todo ese día, sin más asistencia que las visitas del médico titular de Ballobar quien, por su parte, consideró que nada nuevo podía aportar que no estuviera ya en los informes hospitalarios, no estimando pertinente ordenar el ingreso hospitalario pues el menor, quien permanecía consciente, ya provenía de un ingreso de esa naturaleza, según pensó el médico titular de la localidad, por lo que así permaneció el niño hasta que el miércoles día catorce de Septiembre el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca), en cuyo partido se encuentra Ballobar (Huesca), tras recibir un escrito del Ayuntamiento de esta última localidad informando sobre la situación del menor, acompañado con un informe emitido por el médico titular ese mismo día catorce (en el que se constataba que el menor empeoraba progresivamente por anemia aguda posthemorrágica, que requería con urgencia hemoderivados), tras oír telefónicamente al Ministerio Fiscal, dispuso mediante Auto de ese mismo día catorce, autorizar la entrada en el domicilio del menor para que el mismo recibiera la asistencia médica que precisaba, en los términos que el facultativo y el forense del Juzgado consideraran pertinente, es decir, para que fuera transfundido, personándose seguidamente la comisión judicial en el domicilio del menor, cuando éste estaba ya con un gran deterioro psicofísico (respondiendo de forma vaga e incoordinada a estímulos externos), procediendo los acusados, una vez más, después de declarar sus convicciones religiosas, a acatar la voluntad del Juzgado, siendo el propio padre del menor quien, tras manifestar su deseo de no luchar contra la Ley, lo bajó a la ambulancia, en la que el niño, acompañado por la fuerza pública, fue conducido al Hospital de Barbastro, donde llegó en coma profundo, totalmente inconsciente, procediéndose a la realización de la transfusión ordenada judicialmente, sin contar con la voluntad de los acusados quienes, como siempre, no intentaron en ningún momento impedirla una vez había sido ordenada por una voluntad ajena a ellos, siendo luego el niño trasladado, por orden médica, al Hospital Miguel Servet de Zaragoza, al que llegó hacia las veintitrés horas y treinta minutos del día catorce de Septiembre, con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral, falleciendo a las veintiuna horas y treinta minutos del día quince de Septiembre de mil novecientos noventa y cuatro. Si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto y a medio plazo una alta posibilidad de supervivencia y, a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada, pudiendo llegar a tener, con el pertinente tratamiento apoyado por varias transfusiones sucesivas, una

esperanza de curación definitiva de entre el sesenta al ochenta por ciento, si la enfermedad sufrida era una leucemia aguda linfoblástica, que es la enfermedad que, con más probabilidad, padecía el hijo de los acusados, pero sólo a título de probabilidad pues, al no hacerse en su momento las transfusiones, ni siquiera hubo ocasión para acometer las pruebas pertinentes para diagnosticar la concreta enfermedad padecida por poder, aunque con menor probabilidad, también podía tratarse de una leucemia aguda en la que, a largo plazo, el pronóstico ya sería más sombrío».

c) El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de Ley contra la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 20 de noviembre de 1996, fundamentado en un único motivo, al amparo del art. 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal, invocando la infracción, por falta de aplicación, de los arts. 138 y 11 del Código penal de 1995. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 27 de junio de 1997, estimó el recurso, casando y anulando la Sentencia impugnada. A continuación, mediante una segunda Sentencia de igual fecha, que expresamente aceptó los fundamentos fácticos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, entre ellos la relación de hechos probados, pronunció el siguiente fallo: «Que debemos condenar y condenamos a los acusados P.A.T. y L.V.R., como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión, y al pago de las costas correspondientes».

3. En la demanda de amparo se alega la «violación de los derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la integridad física y moral, protegidos por los artículos 16.1 y 15 de nuestra Constitución». Se afirma, al efecto, que dicha violación se produjo «al haber basado la Sentencia recurrida la culpabilidad de los recurrentes en la supuesta exigibilidad a éstos de que, abdicando de sus convicciones religiosas, actuaran sobre la voluntad expresa de su hijo, negativa a la transfusión de sangre en su persona, conculcando así la libertad religiosa y de conciencia de éste y su derecho a su integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano o degradante».

En síntesis, en la demanda de amparo se cuestionan las dos bases que, según la misma, sustentan la condena penal impuesta: en primer lugar, la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años estando en juego su propia vida; en segundo lugar, la exigibilidad a los padres de una acción disuasoria de la negativa de su hijo a dejarse transfundir, al extremo de imputarles, a causa de su omisiva conducta, el resultado de muerte.

a) En lo que se refiere al primero de los expresados extremos, la demanda de amparo recuerda que el alcance y contenido de los derechos contemplados en el art. 16.1 CE se ha de interpretar, con arreglo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE, de conformidad con los Tratados y Convenios internacionales suscritos por España, en particular, atendiendo a las peculiaridades del supuesto que nos ocupa, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) y la Convención de los derechos del niño.

Señala, al efecto, la demanda de amparo que el art. 18.1 PIDCP proclama el derecho de toda persona a la «libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», y que los límites de la libertad religiosa se hallan relacionados en el art. 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, el cual se refiere a la «protección del derecho de los demás» y a la «salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral

pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley». De ello deduce que tales límites «no entran en juego en el caso individual de un paciente que se niega por razones religiosas a una transfusión de sangre, pues dichos límites protegen bienes públicos y no individuales», e indica que «la salud pública actuaría como límite al ejercicio de la libertad religiosa», de modo que la negativa a un tratamiento «sería inoperante si no existiera riesgo alguno para la salud pública en la expresión de tal negativa».

Recuerda también la demanda de amparo, con explícita referencia a la Convención de los derechos del niño, que el menor, según previsión explícita de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor, «tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión» (art. 6.1) y tiene igualmente «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 a su esfera personal», derecho que podrá ejercitar por sí mismo, o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga suficiente juicio (art. 9).

Asimismo, tras mencionar el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, que proclama el art. 15 CE, indica la demanda de amparo que, como consta en el relato de hechos probados, la advertencia de la inminencia de una transfusión provocó en el menor una reacción de auténtico terror, que no pudo ser disipado o neutralizado pese a toda la fuerza de persuasión desplegada por el personal sanitario.

De todo ello, concluye en este particular la demanda, «resulta evidente la violación de los derechos que al menor M. garantizan los artículos 16.1 y 15 de la Constitución Española, negando validez y relevancia a su libre y consciente voluntad y consentimiento».

b) Respecto del ya expresado segundo elemento sustentador de la condena penal, cuestiona la demanda la tesis de la Sentencia recurrida, que «plantea la cuestión en términos de un presunto conflicto entre las convicciones religiosas de los padres y la vida de un menor», conflicto que estima meramente «presunto», y cuya realidad niega, porque ni el menor buscaba suicidarse ni los padres quisieron su muerte, pues la contradicción se planteaba entre la conciencia religiosa del menor y un tratamiento médico al que éste, por su propio derecho y convicción, se oponía. Por otra parte, «en absoluto parece exigible de unos padres creyentes que renieguen de su fe y obliguen a su hijo de trece años, contra su manifiesta y responsable voluntad, o agoten todas sus posibilidades de disuasión», todo ello para la práctica de la transfusión sanguínea, cuando consta que los propios médicos desistieron de transfundir «por lo que reconocieron como razones éticas y médicas».

Apelan los recurrentes a la inmunidad de coacción, que a todos protege de ser obligados a practicar actos de culto contrarios a sus propias creencias [art. 2.1 b) Ley Orgánica 7/1980], cuya base estaría en la dignidad misma de las personas (art. 10.1 CE). Además, la obligación de «prestar asistencia de todo orden a los hijos... durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda» (art. 39.3 CE), no se opone, sino más bien lo contrario (art. 6.3 Ley Orgánica 1/1996 cit.), según señala la demanda de amparo, al pleno ejercicio de los derechos constitucionales que, como a todos, se reconoce también al hijo, el cual, de haber discrepado del criterio paterno en este

ámbito de libertad de conciencia, podría incluso haber ignorado la representación legalmente atribuida a sus padres.

A la misma conclusión se llega, afirma la demanda de amparo, atendiendo a las previsiones articuladas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (art. 10.1, 4, 6 y 9), y en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, reguladora de la extracción y transplante de órganos [art. 6 a) y c) y Disposición adicional segunda, en relación con el párrafo sexto de la exposición de motivos del Real Decreto 1854/1993, de 22 de octubre, de hematología y hemoterapia].

El menor tenía suficiente juicio y en tales circunstancias ---razona la demanda de amparo--- los padres estaban obligados, antes que a hacerle desistir, a prestarle asistencia en el ejercicio personal y legítimo de sus propios derechos constitucionales de libertad de conciencia y religión, a la integridad física y moral y al rechazo a la tortura. La pretendida disuasión de los padres ante la negativa del hijo a ser transfundido ---sin entrar en consideraciones sobre la supuesta bondad, injustificadamente prejuzgada, de las transfusiones de sangre---habría supuesto, por lo demás, una contribución (la más dolorosa y angustiada, según se dice) a la conculcación de sus derechos y a la violación de unas convicciones que los padres le inculcaron en el ejercicio de su derecho constitucional ex art. 27.3 CE.

Concluye la demanda de amparo, que asimismo se apoya en los fundamentos de la Sentencia casada, que es evidente la inconstitucionalidad de la exigencia judicial del deber de disuadir a su hijo ---de trece años de edad y acreditada madurez de pensamiento y voluntad--de su personal y legítima decisión de rechazar, en el ejercicio de sus derechos a la libertad de religión y de conciencia y a la integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano, un tratamiento transfusional del que sus propios cuidadores médicos y judiciales desistieron; con mayor razón si ello es hasta el extremo de erigir dicha exigibilidad en presupuesto de omisión punible y determinante de una muerte que ellos nunca quisieron ni aceptaron, agotando las posibilidades a su alcance de salvar la vida y la dignidad de su hijo ---según se dice--- con un comportamiento ejemplar.

c) Finalmente se suplica en la demanda de amparo que se dicte Sentencia «declarando la nulidad de las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ambas de fecha veintisiete de junio de mil novecientos noventa y siete y ambas ---primera y segunda--- con número 950/97, dictadas en recurso de casación n. o 3248/1996, casando y anulando la sentencia n. o 196/96 de la Audiencia Provincial de Huesca, de veinte de noviembre de mil novecientos noventa y seis». Todo ello, según concluye a continuación la demanda, en interés de que se otorgue a los ahora recurrentes «el amparo en los derechos que se garantizan en los artículos 16.1 y 15 de la Constitución Española ... y en consecuencia queden exonerados del delito de homicidio por omisión por el que les condena tal sentencia al entender que, siendo irrelevante el consentimiento de su hijo de trece años, que se negó al tratamiento transfusional por razones de su conciencia religiosa, les era exigible a mis representados una acción disuasoria de la voluntad de su hijo, contraria a éste y a sus propias convicciones religiosas».

4. Por providencia de 12 de febrero de 1998 la Sección Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente al Tribunal Supremo, a la Audiencia Provincial de Huesca y al

Juzgado de Instrucción de Fraga, para que en el plazo de diez días remitiesen, respectivamente, testimonio del recurso de casación núm. 3248/96, del rollo de sala núm. 48/95 y de la causa núm. 2/95, interesando al propio tiempo que se emplazase a quienes habían sido parte en el mencionado procedimiento, con excepción de los recurrentes, para que, en el plazo de diez días, pudiesen comparecer en este proceso constitucional.

5. Por providencia de 30 de marzo de 1998 la Sección Primera acordó, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas al Ministerio Fiscal y a los solicitantes de amparo, por un plazo común de veinte días, para que presentaran las alegaciones que a su derecho pudiesen convenir.

6. La representación procesal de los recurrentes formuló sus alegaciones mediante escrito, registrado en este Tribunal el día 24 de abril de 1998, en el que, tras ratificarse en todos y cada uno de los fundamentos de Derecho ya expuestos, procede a complementar lo ya dicho en los fundamentos de Derecho segundo y tercero de la demanda.

En primer lugar, se apoya en afirmaciones contenidas en la STC 120/1990, de 27 de junio, referidas a la asistencia médica coactiva, y a que ésta «constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a no ser que tenga justificación constitucional», y en otras resoluciones judiciales, entre ellas la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 1993, concluyendo con la afirmación, mediante cita doctrinal, de que «sólo la vida compatible con la libertad es objeto de reconocimiento constitucional».

En segundo lugar, se hace referencia a la función de «garante», atribuida a los ahora recurrentes, que, se afirma, «no pueda extravasar ni las exigencias de la racionalidad, ni de los derechos fundamentales del agente ni, mucho menos aún, los de tercero». Se indica, al efecto, que «ni los médicos llevaron su deber de garantes a extremos de violar la conciencia y la persona del menor y poner en riesgo su vida con una actuación coactiva (no lo consideraron ni ética ni médicamente correcto) ni el Juzgado persistió ... en presionarles para que cumplieran su función, ni en retener al menor en las circunstancias que él rechazaba». Y se concluye que, si bien la resolución impugnada rehuye determinar la conducta específica que les era exigible a los padres en su condición de garantes, más allá del «consentimiento», aunque inoperante, suplido por el Juzgado, a fortiori no parece que pudiese existir otra que la inhumana e inconstitucional de entender que les habría sido exigible que, abjurando de sus creencias religiosas, hubiesen disuadido a su hijo de mantener sus propias convicciones, las mismas que ellos, sus padres, le habían inculcado.

En suma, se afirma en el escrito de alegaciones que constituye «[una] evidente e inconstitucional distorsión del asunto presentar el problema como un conflicto entre libertad religiosa de los padres recurrentes y el resultado de muerte de su hijo opuesto a la aceptación de transfusiones de sangre».

7. El Ministerio Fiscal, por su parte, formuló alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el día 5 de mayo de 1998, interesando la desestimación del presente recurso de amparo por no vulnerar la Sentencia impugnada los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 15 y 16.1 CE.

A la tesis de los recurrentes de que, aunque fuese menor de edad, al negarse a la transfusión, el hijo habría dispuesto de su libertad de decisión en el ejercicio de una libertad religiosa que ellos no podían coartar, opone el Ministerio Fiscal la incapacidad legal del menor para adoptar una decisión irrevocable acerca de su vida o su muerte que, como titulares de la patria potestad, a los padres tocaba adoptar en cuanto garantes de la vida del hijo menor durante todo el proceso médico.

En el desempeño de la patria potestad, los padres han de responder, en todo caso, de la vida y salud del menor como, en particular, establecen el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 y el art. 154 del Código civil. Y, en el presente caso, los padres, manteniendo el dominio de la situación tanto en la petición de alta del hijo en los diferentes centros sanitarios, como en la doble negativa por escrito a practicar la transfusión de sangre así como en el traslado al domicilio familiar de donde salió por denuncia de la autoridad, hicieron siempre su voluntad y no entregaron dicho dominio ni a la autoridad judicial ni a los médicos. Y esta afirmación ---dice el Ministerio Fiscal--- constituye una cuestión fáctica que, resuelta por el Tribunal en forma legal, carece de dimensión constitucional.

Y en cuanto a la tesis de que la condena se pronuncia sin tener en cuenta que la conducta omisiva responde a la incompatibilidad de la acción exigida ---transfundir sangre--- con las creencias religiosas que profesan los recurrentes, afirma el Ministerio Fiscal que, ante un eventual conflicto entre los derechos a la vida y a la libertad religiosa, únicamente cabe dar respuesta en cada caso concreto pues no podría ser ésta la misma en el caso de personas mayores de edad y con plena capacidad de decisión que en el de un menor sobre el que existe vigente la patria potestad de sus padres.

En este caso ---dice el Ministerio Fiscal--- el tratamiento específico, transfusión de sangre, concreto y único para el fin curativo pretendido, constituye un límite válido del derecho fundamental a la libertad religiosa de los recurrentes, no cuando la colisión es con su derecho fundamental a la vida sino cuando el titular del derecho a la vida es una tercera persona respecto de la que existe una especial relación de responsabilidad por ser titulares de la patria potestad.

El límite al derecho fundamental es la salud ---vida--del menor, hijo de los recurrentes, que son los garantes de su vida, dada la incapacidad legal del menor para tomar una decisión tan trascendental y definitiva sobre su vida. En este caso, existiendo una relación especial de sujeción ---patria potestad---, no obstante la obligación de respetar el consentimiento del paciente, prevalente sobre la imposición coactiva de un tratamiento médico (art. 210.1.6 y 9 de la Ley general de sanidad), según sostiene el Ministerio Fiscal ---que cita en su apoyo una resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 19 de octubre de 1971---, los padres tenían el deber legal de velar para que la salud del hijo no se dañase, y más aun tratándose de la disposición de su vida. Al no hacerlo así, aunque ello fuera por convicciones religiosas, los recurrentes desatendieron una obligación de guarda y custodia que, limitando su derecho a la libertad religiosa, les imponía el deber de salvar la vida de su hijo menor de edad.

8. El Pleno de este Tribunal dictó providencia el 11 de diciembre de 2001, en la que, de acuerdo con lo previsto en el art. 10 k) LOTC, acordó recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

9. Mediante providencia de 12 de diciembre de 2001 el Pleno del Tribunal, haciendo uso de las facultades concedidas por el art. 84 LOTC, acordó oír al recurrente y al Ministerio Fiscal a fin de que, en el plazo común de diez días, alegasen lo que estimaran pertinente sobre la relevancia que, para la decisión del recurso de amparo, pudiera tener lo dispuesto en el art. 25.1 CE.

10. La representación procesal de los recurrentes en amparo presentó el correspondiente escrito de alegaciones el 27 de diciembre de 2001. Afirma, en primer lugar, que la relevancia del expresado precepto constitucional es innegable pues, si se entendiera violado, los recurrentes «se verían exonerados de toda responsabilidad criminal aunque por una mera circunstancia temporal, a saber, la falta de tipicidad legal de la conducta por la que fueron enjuiciados». Mas señala que «no fue, sin embargo, éste el motivo que condujo a mis representados a solicitar el amparo constitucional que se hallan propugnando, sino el de haberse violado en el enjuiciamiento de las conductas afectadas, los derechos fundamentales garantizados por los artículos 15 y 16 de la Constitución Española y por razón de los cuales les fue admitido».

Indica, en segundo lugar, que la posible vulneración de dicha precepto constitucional no había sido invocada por la parte en el proceso penal.

Señala, asimismo, que aunque el art. 11 del vigente Código penal carecía de homólogo en el Código penal derogado, no obstante, había adquirido carta de naturaleza durante la vigencia de éste la figura jurídica del delito de comisión por omisión. Y añade, al efecto, que «tal figura penal, sin embargo, era producto y creación de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no de la Ley, y menos aún de Ley obligadamente orgánica, por exigencia de los textos internacionales y constitucionales que consagran el principio recogido en el evocado art. 25.1 de la Constitución».

Añade que «quizás por ello se estimó que, dado el carácter complementario del ordenamiento jurídico que atribuye el art. 1.6 del Código Civil a la jurisprudencia del Tribunal Supremo ... se había producido en este supuesto el indispensable requisito de la concurrencia del ``cuerpo legal y demás leyes especiales que se derogan" con ``las disposiciones del presente Código" si éstas son más favorables para el reo, para determinar la aplicación de estas últimas. Arregladamente al entendimiento de que ``para la determinación de cuál sea la Ley más favorable se tendrá en cuenta la cuantía de la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno y otro Código". Todo ello en los términos en que se expresan las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del vigente Código Penal».

Por último, y refiriéndose a la homologación hecha por el Tribunal Supremo entre «ambos tipos penales, a saber, el creado u originado por su propia doctrina con anterioridad al nuevo Código Penal, por una parte, y el introducido ex novo por el artículo 11 del nuevo Código Penal», afirma que «tal homologación quizá resulte discutible, atendido el tono de los artículos 7.1 del Convenio de Roma y 11.2 de la Declaración de los Derechos Humanos y de 25.1 de la Constitución Española», lo que igualmente cabe afirmar del hecho de que «se erija en tipo penal delictivo lo que pudiera estimarse como norma de interpretación de las que la doctrina llama auténticas por proceder del propio legislador, pues en definitiva el artículo 11 del Código Penal no tipifica delito alguno, sino que simplemente caracteriza actuaciones o comportamientos

subjetivos en el agente o implicado en la producción de hechos tipificados, en su ubicación legal debida, como delitos bien definidos por sus propias exigencias».

11. El Ministerio Fiscal formuló las correspondiente alegaciones en escrito presentado el 28 de diciembre de 2001, estimando que «la sentencia impugnada en amparo no lesiona el principio de legalidad penal establecido en el art. 25.1 CE».

Afirma, al respecto, que la aplicación al caso de los preceptos del Código penal de 1995, pese a que los hechos acaecieron antes de su vigencia ---concretamente, en septiembre de 1994---, se debe a que se consideraron más beneficiosos para los acusados que los correlativos del Código penal de 1973; ello significa, implícitamente, la aceptación de que los hechos también eran sancionados como delito en el Código penal de 1973. Así pues, la pregunta clave de la cuestión planteada es «si en el Código Penal de 1973 se castigaba el homicidio ``cometido por omisión»; si estaba previsto en dicho Código».

El Ministerio Fiscal recuerda, en relación con tal cuestión, las posiciones que se mantenían al respecto: «a) La de quienes pensaban que los delitos de comisión por omisión no quedaban cubiertos por los tipos de la Parte Especial y que, al aplicarse éstos, se producía una analogía in malam partem prohibida, que vulneraba el principio de legalidad; ya que se estaban sancionando tipos no escritos en relación con los tipos legales; proponiendo un sistema de tipos específicos. b) La de quienes opinaban que los delitos de comisión por omisión quedaban al margen del principio de legalidad, pero que era preferible, antes que la tipificación específica de cada delito de esta clase, la introducción de una cláusula genérica de cobertura en la Parte General. c) La de quienes entendían que no era necesario ni lo uno ni lo otro (ni cláusula específica ni genérica) pues tanto la comisión activa como la comisión por omisión resultan de una correcta interpretación de los tipos y no de una analogía». Y añade que «en esta última postura se enmarca la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido pacíficamente valiéndose del artículo 1 del Código Penal anterior ... en relación con los tipos de resultado de la parte especial (ejemplo: homicidio) para enjuiciar los supuestos de comisión por omisión. En definitiva, ha entendido la comisión por omisión como una mera omisión cualificada por una especial intensidad del deber (llamado deber de garante), como una variedad de la conducta omisiva sancionada con carácter general, y por ello prevista en la ley, en el artículo 1 del CPA y aplicable a cada tipología en su caso».

El Ministerio Fiscal, tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el principio de legalidad penal (citando, entre otras, las SSTC 133/1987, 156/1996, 159/200 y 278/2000), entiende que «la sentencia impugnada dictada por el Tribunal Supremo no debe ser revisada por el Tribunal Constitucional desde el prisma del principio de legalidad (art. 25.1 CE) porque, al adoptar uno de los criterios consolidados y posibles de interpretación de los preceptos del anterior Código Penal, que además era el seguido constantemente por su jurisprudencia, el Tribunal Supremo se ha limitado a ejercer la función que le atribuye el art. 117.3 CE, no pudiendo considerarse su postura ni extravagante, ni ilógica, ni imprevisible para sus destinatarios, quienes, por otro lado, ni siquiera han suscitado o discutido el problema en el proceso».

12. Por providencia de 16 de julio de 2002 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 18 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La presente demanda de amparo se dirige contra las dos Sentencias, ambas de fecha 27 de junio de 1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 3248/96. La primera de ellas estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 20 de noviembre de 1996, que había absuelto a los ahora demandantes de amparo del delito de homicidio por omisión que aquél les imputaba. La segunda de dichas Sentencias, como consecuencia de la expresada estimación del recurso, los condena, «como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión».

Los datos esenciales a que se refieren los términos transcritos del fallo son los siguientes:

a) en primer lugar, la persona por cuya muerte se condena a los demandantes de amparo era un hijo de éstos, de 13 años de edad;

b) en segundo lugar, la condena lo es por omisión de la conducta exigible a los padres del menor, dada su condición de garantes de la salud de éste (condición que actualmente se recoge expresamente en el art. 11, en relación con el art. 138, ambos del Código penal de 1995);

c) en tercer lugar, la conducta omitida consistía bien en una acción de los ahora recurrentes en amparo dirigida a disuadir a su hijo de su negativa a dejarse transfundir sangre, bien en la autorización de aquéllos a que se procediese a la transfusión de sangre al menor; y

d) en cuarto lugar, la causa de la actuación de los padres (propiamente, la razón de que éstos hubiesen omitido la conducta que se dice debida) se sustentaba en sus creencias religiosas pues, dada su condición de Testigos de Jehová, entienden, invocando al efecto diversos pasajes de los Libros Sagrados, que la transfusión de sangre está prohibida por la ley de Dios.

2. En la demanda de amparo se invoca la lesión de los derechos fundamentales a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) y a la integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano o degradante (art. 15 CE).

La titularidad de tales derechos fundamentales se atribuye explícitamente en la demanda de amparo tanto al menor fallecido como a sus padres, los ahora recurrentes. En primer lugar, tal atribución se hace al menor en relación con la afirmada irrelevancia de su oposición a la transfusión: así, se dice en la demanda de amparo (fundamento de Derecho II in fine) que «resulta evidente la violación de los derechos que al menor M. garantizan los artículos 16.1 [y] 15 de la Constitución Española, negando validez y relevancia a su libre y consciente voluntad y consentimiento y trasladando así el centro de la imputabilidad de su fallecimiento a los padres contra todo tenor racional, moral, constitucional y legal».

En segundo lugar, la atribución a los padres de la titularidad de tales derechos, invocando su vulneración, se hace en relación con la exigencia de la conducta disuasoria o de la autorización de la transfusión de sangre, a las que ya se ha hecho referencia.

Ahora bien, dado que el recurso de amparo se dirige contra el pronunciamiento condenatorio de los padres del menor, ha de entenderse que la vulneración constitucional denunciada en la demanda de amparo es la del derecho fundamental a la libertad religiosa de los padres recurrentes. Y ello por más que la conducta que les es exigida en la Sentencia ahora impugnada pudiera comportar, según los términos de la demanda de amparo, el desconocimiento de los derechos del menor (en este caso, al respeto a sus creencias y a su integridad física y moral). Por tal razón la referencia a los derechos del menor ha de entenderse hecha en este marco y en función de la efectividad de los derechos de los padres. En todo caso, conviene dejar sentado que no hay ningún género de duda de que éstos fundamentaron su actitud omisiva ---que fue sancionada penalmente--en el referido derecho de libertad religiosa y en sus creencias de este orden, que oportunamente invocaron a tal fin.

La exposición precedente acerca de lo que constituye el propio objeto del presente recurso de amparo se completa con la referencia a la relevancia que pudiera tener, a los fines del recurso, la previsión del art. 25.1 CE, relativo al principio de legalidad penal, según lo acordado por el Pleno del Tribunal en proveído de 12 de diciembre de 2001, haciendo uso de la facultad concedida por el art. 84 LOTC.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la denegación del amparo solicitado. Insiste en la incapacidad legal del menor para la adopción de una decisión trascendente respecto de su vida que, en el desempeño de la patria potestad, sus padres estaban obligados a salvaguardar. Niega que, como cuestión fáctica ya resuelta, deba cuestionarse en amparo la inobservancia por parte de los padres de su posición de garantes de la vida del hijo. Y señala, además, con referencia específica al caso que nos ocupa y a la mencionada posición de garantía, que el derecho a la vida, en cuanto referido a tercero respecto del que existe una especial relación de responsabilidad, nacida de la patria potestad, constituye un efectivo límite a la libertad religiosa.

3. La determinación del objeto y alcance de la demanda de amparo exige que previamente precisemos cuáles son los concretos hechos sobre los que se sustentan las cuestiones jurídicoconstitucionales que aquélla suscita y cuál la respuesta de las Sentencias recurridas a tales hechos.

En el apartado segundo de los antecedentes de la presente Sentencia se recoge el relato de hechos, en virtud de los cuales se produce el pronunciamiento condenatorio contra los ahora recurrentes en amparo. Se expresan a continuación los extremos sustanciales de tales hechos:

a) El menor M., de trece años de edad, hijo de los recurrentes en amparo, tuvo unas lesiones por caída de bicicleta, a consecuencia de las cuales fue llevado por sus padres al Hospital Arnáu de Vilanova, de Lérida, el día 8 de septiembre (jueves) de 1994 hacia las nueve o diez de la noche. Examinado el menor por los médicos, éstos les informaron de que se hallaba en situación de alto riesgo hemorrágico por lo que era necesaria una transfusión de sangre. Los padres se opusieron a la transfusión por motivos religiosos y, habiéndoles hecho saber los médicos que no había tratamientos alternativos, solicitaron

el alta de su hijo para llevarlo a otro centro sanitario. El centro hospitalario, en lugar de acceder al alta, por entender que peligraba la vida del menor si no era transfundido, solicitó del Juzgado de guardia (siendo las 4:30 horas del día 9) autorización para la práctica de la transfusión, que fue concedida a continuación para el caso de que fuera imprescindible para la vida del menor.

b) Los padres acataron dicha autorización judicial.

Al disponerse los médicos a efectuar la transfusión, el menor, sin intervención alguna de sus padres, la rechazó «con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación, que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral». Por ello los médicos, después de haber procurado repetidas veces, sin éxito, convencer al menor para que consintiera la transfusión, desistieron de realizarla.

c) El personal sanitario pidió entonces a los padres que trataran de convencer al menor, a lo cual no accedieron por dichos motivos religiosos, pese a desear la curación de su hijo. Los médicos desecharon la posibilidad de realizar la transfusión contra la voluntad del menor, por estimarla contraproducente, desechando también «la utilización a tal fin de algún procedimiento anestésico por no considerarlo en ese momento ético ni médicamente correcto, por los riesgos que habría comportado». Por ello, «después de ``consultarlo" telefónicamente con el Juzgado de guardia», en la mañana del día nueve, viernes, accedieron a la concesión del alta voluntaria.

d) La historia clínica del menor fue entregada a las catorce horas a los padres, quienes habían procedido, «ayudados por personas de su misma religión, a buscar al que consideraban uno de los mejores especialistas en la materia, siendo su deseo que el niño hubiera permanecido hospitalizado hasta localizar al nuevo especialista médico». En todo caso, el menor salió del hospital por la tarde de dicho día nueve (viernes), continuando aquéllos con las gestiones para localizar al nuevo especialista, concertando finalmente con él una cita para el lunes, día 12 de septiembre, en el Hospital Universitario Materno-infantil del Vall D'Hebrón, de Barcelona.

e) A las 10 horas de dicho día 12 ingresó el menor en este Hospital. Tras reconocerle en consulta, consideraron los médicos que era urgente una transfusión de sangre a fin de neutralizar el riesgo de hemorragia y anemia para, a continuación, realizar las pruebas diagnósticas pertinentes. El menor y sus padres manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar la transfusión, firmando estos últimos un escrito en dicho sentido. Por otra parte, en el centro nadie creyó procedente pedir una autorización judicial para proceder a la transfusión ni intentar realizar ésta (sea haciendo uso de la autorización concedida por el Juzgado de Lérida sea por propia decisión de los médicos). Así las cosas, los padres del menor se trasladaron con él al Hospital General de Cataluña, centro privado cuyos servicios habían de ser directamente sufragados por los particulares.

f) Los servicios médicos del Hospital General, al igual que en los centros anteriores, consideraron necesaria la transfusión por no haber tratamiento alternativo.

La transfusión fue nuevamente rechazada por motivos religiosos por el menor y sus padres. Nadie en dicho centro tomó la decisión bien de realizar la transfusión, fuera por

propia voluntad, fuera contando con la autorización concedida por el Juez de Lérida (que era conocida en este centro médico), bien de solicitar una nueva autorización, esta vez del correspondiente Juzgado de Barcelona. Por todo ello los padres, no conociendo ya otro centro al que acudir, regresaron con el menor a su domicilio, al que llegaron sobre la una de la madrugada del martes, 13 de septiembre.

g) Los padres y el menor permanecieron en su domicilio todo el día 13, sin más asistencia que las visitas del médico titular de la localidad, Ballobar (Huesca), quien consideró que no podía aportar nada que no estuviera ya en los informes hospitalarios. El miércoles, 14 de septiembre, el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca), tras recibir un escrito del Ayuntamiento de Ballobar, acompañado de informe del médico titular, autorizó la entrada en el domicilio del menor a fines de asistencia médica en los términos que estimaran pertinente el facultativo y el médico forense, incluso para que fuera transfundido.

h) Seguidamente se personó la comisión judicial en el domicilio del menor, el cual estaba ya en grave deterioro psicofísico, acatando los padres la decisión del Juzgado --- después de manifestar sus convicciones religiosas---, siendo su padre quien lo bajó a la ambulancia, en la que fue trasladado al Hospital de Barbastro. El menor llegó en estado de coma profundo a este Hospital, en el cual se le realizó la transfusión de sangre, contra la voluntad y sin la oposición de los padres. A continuación fue llevado al Hospital Miguel Servet, de Zaragoza, al que llegó hacia las 23:30 horas del mismo día 14 con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral. El menor falleció en este hospital a las 21:30 horas del día 15 de septiembre.

Consta igualmente en el relato de hechos probados que «si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto y a medio plazo una alta posibilidad de supervivencia y, a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada».

4. Los interrogantes planteados con tales hechos han recibido diferentes respuestas en los distintos grados de la jurisdicción ordinaria. Así, en tanto que la Audiencia Provincial de Huesca dictó Sentencia absolutoria, considerando que «los hechos declarados probados ... no son constitutivos de delito alguno» (fundamento de Derecho primero de la Sentencia de instancia), la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo condenó a los recurrentes en los términos y con el alcance ya referido, al estimar «presentes los elementos que caracterizan el tipo objetivo y subjetivo del delito de homicidio en su modalidad de comisión por omisión» (fundamento jurídico único de la segunda Sentencia).

a) La Sentencia de la Audiencia Provincial, en relación con el llamado derecho del paciente a la autodeterminación, se pregunta por el momento a partir del cual «puede el menor que conserva la consciencia decidir sobre si se le aplica o no un determinado tratamiento, si cuando deja de serlo (menor) por alcanzar la mayoría de edad, o ... cuando tiene suficiente juicio (cosa que en nuestro derecho se puede dar incluso antes de alcanzar los doce años, artículo 92 del Código Civil), o cuando puede consentir una relación sexual (doce años para el artículo 181 del vigente Código Penal), etc. ...». Y, en relación con ello, señala (para el caso de que haya de ser negado tal derecho a quien sea menor) la eventualidad de una quiebra o vulneración del art. 15 CE, en atención a la reacción observada en el caso que nos ocupa por el hijo de los ahora recurrentes, ante la

perspectiva de la práctica de la transfusión, a la que se opuso mediante «una reacción de auténtico terror que no pudo ser disipado o neutralizado pese a toda la fuerza de persuasión desplegada, con empeño, por todo el personal sanitario».

Dice además la expresada Sentencia que no es exigible a los padres una conducta (sea la de pedir o aprobar la transfusión, sea la de convencer al hijo para que admita ésta) que es contraria a su conciencia y convicciones religiosas y «a las enseñanzas que, en un uso y ejercicio regular, normal y ordinario de su libertad religiosa, habían ido transmitiendo a su hijo desde mucho antes de que se produjera el accidente, o de que se exteriorizaran los primeros síntomas de la enfermedad».

Afirma igualmente dicha Sentencia que, una vez se da a la sociedad la oportunidad efectiva de sustituir a los padres a tal fin, mediante la reclamación de asistencia médica por los cauces convencionales, aquéllos «pierden ya la condición de garantes, aunque no aprueben testimonialmente, en un acto de fe, sin tratar de impedirla (en el caso de que alguien decida efectuarla), una transfusión de sangre».

b) Por su parte, la primera de las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo señala (fundamento jurídico único) que correspondía a los padres, en el ejercicio de sus atribuciones como titulares de la patria potestad, la salvaguarda de la salud del menor, de la cual eran garantes. Por ello, según dicha Sentencia, tenían el deber moral y legal de hacer todo lo que fuere preciso para evitar cualquier situación que pusiese en peligro su salud o su vida, «estando obligados a proporcionar a su hijo la asistencia médica que hubiere precisado».

Entiende dicha Sentencia que los padres no habían perdido la condición de garantes, condición que no resultaba afectada ni por el hecho de que «[hubiesen] reclamado la asistencia médica por los cauces convencionales, dando a la sociedad la oportunidad efectiva de sustituirles» ni por el hecho de que el menor se hubiera opuesto también a la transfusión de sangre. Y fundamenta tal conclusión en el hecho de que continuaron ejerciendo las funciones y deberes propios de la patria potestad «en los momentos y tiempos que fueron cruciales para la vida del niño como lo evidencia su negativa a la transfusión, que llegaron a hacer constar por escrito, ante los médicos del Hospital del Vall D'Hebrón, de Barcelona, cuando éstos les informaron de la urgencia de la transfusión, y que nuevamente rechazaron ante los requerimientos de los médicos del Hospital General de Cataluña cuando les reiteraron la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, hechos que confirman la vigencia de su posición de garantes en momentos que podrían salvar la vida de su hijo, y que igualmente ejercieron cuando trasladaron a su hijo a su domicilio, donde permaneció desde el día 9 hasta el día 12 de septiembre, fecha en la que lo llevaron a Barcelona».

Además, según la expresada Sentencia, los padres del menor fallecido «tuvieron pleno conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar», de modo que «no se le ocultaba el deber de prestar a su hijo la asistencia médica que era exigida para salvarle la vida».

E indica, al efecto, que «estaban impuestos y tenían conocimiento de su capacidad de acción, es decir de la posibilidad de autorizar una transfusión que hubiera evitado la muerte de su hijo», y que asimismo «tuvieron conocimiento de las circunstancias que

fundamentaban su posición de garante ... es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado».

Por ello estima la Sentencia que «los padres, al no autorizar la transfusión de sangre, no evitaron, como les era exigido, un resultado de muerte que, de haber prestado su consentimiento, no se hubiera producido», de modo que con tal omisión «se generaba una situación equivalente a la causación del resultado típico». Además, sabedores de que no había tratamientos alternativos al de la transfusión, «el conocimiento y conciencia del máximo grado de probabilidad de que realmente se produjera la muerte de su hijo supone tanto como aceptarla, al rechazar la única alternativa salvadora que existía, aunque les estuviera prohibida por razones religiosas, rechazo que mantuvieron cuando la vida de su hijo aún podía ser salvada». De ello concluye la Sentencia que «debe afirmarse la presencia del dolo eventual, que no queda excluido por el deseo vehemente de que no se hubiese producido el resultado de muerte».

La toma en consideración de la motivación religiosa de la conducta enjuiciada lleva a la Sala no a su exculpación ---como en la instancia--- sino a la atenuación de la responsabilidad penal de los ahora recurrentes, cuya conducta se subsume ---dada su condición de garantes--- en el tipo penal de homicidio (art. 138 CP), en su modalidad de comisión por omisión [art. 11 a) CP], con la apreciación de la concurrencia de una atenuante, muy cualificada, de obcecación o estado pasional, rechazando el parentesco como agravante y mostrando su disposición favorable al indulto.

5. La exposición hecha en el fundamento jurídico tercero sirve para quede establecida, con la necesaria precisión, cuál es la concreta realidad fáctica ---con sus peculiares características e incidencias--- sobre la que se proyectan nuestro estudio y nuestro pronunciamiento.

La exposición hecha en el fundamento jurídico cuarto sirve, asimismo, para establecer, también con la obligada precisión, cuáles son las concretas cuestiones jurídicas que, desde una perspectiva constitucional ---en relación con la invocada vulneración de derechos fundamentales---, se plantean en este recurso. A este extremo nos referimos a continuación.

La ratio del pronunciamiento condenatorio es el imputado incumplimiento por los padres del menor fallecido ---los recurrentes en amparo--- de las obligaciones dimanantes de su atribuida condición de garantes como titulares de la patria potestad, concretada en este caso en relación con el derecho del menor a la vida, condición que resulta directamente de lo dispuesto en el art. 39.3 CE. Así pues, dados los términos del recurso de amparo, según se explicó en el fundamento jurídico segundo, el objeto del recurso ---objeto que delimita el ámbito de nuestro examen--- se centra en la relación que puede existir (y que, en todo caso, ha de precisarse) entre la condición de garante (en los términos expuestos) y el derecho fundamental a la libertad religiosa y, en su caso, la afectación de tal relación por el principio de legalidad, todo ello solamente desde la perspectiva constitucional que nos es propia.

Para proceder al precitado examen hemos de exponer previamente, en primer lugar, cuáles son, según nuestra doctrina, el contenido y límites propios del derecho a la libertad religiosa y, en segundo lugar, cuáles son las características peculiares del caso que nos ocupa que pueden afectar ---y, en su caso, en qué sentido--- al ejercicio del

derecho a su libertad religiosa por los recurrentes en amparo. A todo ello nos referiremos en los cinco fundamentos jurídicos siguientes.

6. El art. 16 CE reconoce la libertad religiosa, garantizándola tanto a los individuos como a las comunidades, «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley» (art. 16.1 CE).

En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, que «el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener ``las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones'', introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que ``veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales'' (STC 177/1996)».

En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, FJ 9, la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual», y asimismo, «junto a esta dimensión interna, esta libertad ... incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, FJ 2; 120/1990, FJ 10, y 137/1990, FJ 8)».

Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere lo es «con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales» (STC 46/2001, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce además «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso» (STC 46/2001), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades.

7. La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades así como la laicidad y neutralidad del Estado. La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso. Tal

juicio ha de establecer el alcance de un derecho ---que no es ilimitado o absoluto--- a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que, conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 CE, limita sus manifestaciones.

Como ya dijimos en la STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4, «el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente».

En este sentido, y sirviendo de desarrollo al mencionado precepto constitucional, prescribe el art. 3.1 LOLR que «el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática».

Es esta limitación la que, además, resulta de los textos correspondientes a tratados y acuerdos internacionales que, según lo dispuesto en el art. 10.2 CE, este Tribunal debe considerar cuando se trata de precisar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Así, el art. 9.2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, prescribe que «la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

Por su parte, el art. 18.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966, dispone que «la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

8. La relacionada existencia de límites en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa es expresión o manifestación de que, en general, los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto. Así, hemos dicho en la STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6, citada al efecto por la STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 3, que «los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, FJ 7, y 1/1982, FJ 5, entre otras)», y que, «en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, FJ 3)».

De lo expuesto se desprende, según afirman las mencionadas Sentencias, que «todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 69/1982, FJ 5, y 13/1985, FJ 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, FJ 7), y, en todo

caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FFJJ4a6;12/1990, FJ 8, y 137/1990, FJ 6)».

9. Expuestos los puntos fundamentales acerca del contenido y límites del derecho a la libertad religiosa, hemos de pasar ahora al examen de aquellos extremos que, dentro del marco de tal derecho, ofrecen aspectos peculiares o especiales que singularizan el caso que nos ocupa y que, además, pueden afectar de algún modo al ejercicio, por los ahora recurrentes en amparo, de su derecho a la libertad religiosa y de los deberes dimanantes de su condición de garantes. Así sucede con el hecho de que la persona afectada (afectación hasta el punto de haberse producido su muerte) era un menor cuya edad era la de trece años, que se opuso decididamente a que se le transfundiese sangre, basándose también, a tal fin, en motivos religiosos.

Todo ello ha de ser considerado en relación con tres concretos extremos: en primer lugar, si el menor puede ser titular del derecho a la libertad religiosa; en segundo lugar, significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito; en tercer lugar, relevancia que, en su caso, pudiera tener dicha oposición del menor. Los dos primeros extremos son examinados a continuación y el tercero en el fundamento jurídico siguiente.

a) El menor es titular del derecho a la libertad religiosa.

Partiendo del genérico reconocimiento que el art. 16.1 CE hace, respecto de los derechos y libertades que contempla, a favor de «los individuos y las comunidades», sin más especificaciones, debe afirmarse que los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa y de culto. Confirma este criterio la Ley Orgánica de libertad religiosa, de desarrollo de dicho precepto constitucional, que reconoce tal derecho a «toda persona» (art. 2.1).

Esta conclusión se ve confirmada, dados los términos del art. 10.2 CE, por lo dispuesto en la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 31 de diciembre de 1990), en cuya virtud quedan los Estados parte obligados al respeto del «derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» (art. 14.1), sin perjuicio de «los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades» (art. 14.2).

Asimismo, prescribe el art. 14.3 de dicha Convención que «la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

En el plano interno, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en esta misma línea, sanciona toda posible discriminación de los menores (de dieciocho años) por razón de religión (art. 3) y les reconoce explícitamente «derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión» (art. 6.1), cuyo ejercicio «tiene únicamente las limitaciones prescritas por la ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás» (art. 6.2). En relación con este derecho dispone igualmente el art. 6.3 que «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de

cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

En relación con todo ello, hemos dicho en la STC 141/2000, FJ 5, que «desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC. o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)». Y concluíamos en dicha Sentencia, respecto de esta cuestión, que, en consecuencia, «sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann)».

b) Significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito.

En el caso traído a nuestra consideración 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. Es éste un dato a tener en cuenta, que en modo alguno puede estimarse irrelevante y que además cobra especial importancia dada la inexistencia de tratamientos alternativos al que se había prescrito.

Ahora bien, lo que fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial transcendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando 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).

10. Pasemos ahora a considerar la relevancia que, en su caso, pueda tener la oposición manifestada del menor al tratamiento médico prescrito.

En el recurso de amparo se alega precisamente, como ya hemos indicado, el error de la Sentencia impugnada al establecer «la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño menor de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida».

Es cierto que el Ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad. Ello se aprecia en concreto ---atendiendo a la

normativa que pudiera regular las relaciones entre las personas afectadas por el tema que nos ocupa--- tanto en la Compilación del Derecho civil de Aragón (aplicable en cuanto tuvieran la vecindad civil en dicho territorio foral) como, en su caso, en el Código civil. Así, los actos relativos a los derechos de la personalidad (entre los que se halla precisamente el de integridad física), de los que queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres en cuanto titulares de la patria potestad, según explícitamente proclama el art. 162.1 del Código civil (precepto sin correlato expreso en la Compilación); tal exclusión, por otra parte, no alcanza al deber de velar y cuidar del menor y sus intereses. También cabe señalar diversos actos conducentes a la creación de efectos jurídicos o a la formalización de determinados actos jurídicos, como son, entre otros, los relativos a la capacidad para contraer matrimonio, para testar, para testificar, para ser oído a fin de otorgar su guarda o custodia a uno de los progenitores. Y asimismo, en el ámbito penal, para la tipificación de determinados delitos.

Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto --- como el ahora contemplado--- que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable.

De las consideraciones precedentes cabe concluir que, para el examen del supuesto que se plantea, es obligado tener en cuenta diversos extremos. En primer lugar, el hecho de que el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física.

En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, el valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor: según hemos declarado, la vida, «en su dimensión objetiva, es ``un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional" y ``supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible" (STC 53/1985)» (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8). En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: tal decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida.

En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza ---y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas--- que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar.

Pero ello no obstante, es oportuno señalar que 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.

11. Sentados los anteriores extremos, debemos establecer si la condición de garantes, atribuida por las Sentencias impugnadas a los recurrentes en amparo, resulta afectada --y, en su caso, en qué sentido--- por el derecho de éstos a la libertad religiosa. Es claro que ello comporta la necesidad de tener en cuenta las singulares circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa, de que ya se hizo mérito.

Una consideración previa es necesaria. Ya se ha indicado (fundamento jurídico segundo) que el Ministerio Fiscal niega que ---como cuestión fáctica ya resuelta--deba cuestionarse en amparo la inobservancia por parte de los padres de la posición de garantes de la vida del hijo. Afirma, al respecto, el Ministerio público que «el concepto de garante aplicado a los actores por la sentencia nace, y por ello pertenece al campo de la legalidad ordinaria, de la subsunción del supuesto fáctico, consistente en la generación y la falta de edad del hijo, en la normativa legal reguladora de la patria potestad», y que «esta subsunción se realiza por el órgano judicial de manera razonada y fundada en derecho, único por determinación legal que puede y debe hacerla». Concluye esta consideración el Ministerio público diciendo que «el Tribunal Supremo estudia esta situación y declara razonada y fundadamente que los recurrentes nunca perdieron el dominio de la situación de garantes, y esta afirmación constituye una cuestión fáctica que, resuelta por el Tribunal en forma legal, carece de dimensión constitucional».

No puede admitirse, en su radicalidad, la tesis expuesta, la cual ---en realidad--- hace supuesto de la cuestión sometida a debate. Los derechos y obligaciones que surgen en el ámbito de las relaciones humanas ---concretados por las normas que estructuran la llamada legalidad ordinaria--- son válidos y eficaces en la medida en que su contenido no rebasa el marco constitucional, respetando los límites propios de los derechos fundamentales.

Por ello, en lo que respecta a lo que constituye el propio objeto de este recurso de amparo, es obligado hacer una afirmación desde la perspectiva constitucional que nos corresponde: los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales, concretamente ---por lo que ahora específicamente interesa--del derecho a la libertad religiosa, que proclama el art. 16.1 CE. Es ésta la cuestión que debemos examinar ahora.

12. Atendiendo a la consideración expresada, debemos hacer notar que los mandatos de actuación, cuyo incumplimiento da lugar a los delitos omisivos (mandatos que por ello ofrecen, en el presente caso, especial relevancia), restringen la libertad en mayor medida que las prohibiciones de actuación, cuya infracción genera delitos de acción. Desde esta perspectiva deben precisamente enjuiciarse las concretas acciones exigidas a quienes se imputa el incumplimiento de sus deberes de garante. Es decir, tras analizar si se ha efectuado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos enfrentados, hemos de examinar si la realización de las concretas acciones que se han exigido de los padres en el caso concreto que nos ocupa ---especialmente restrictivas de su libertad religiosa y de conciencia--- es necesaria para la satisfacción del bien al que se ha reconocido un valor preponderante.

En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, es indiscutible que el juicio ponderativo se ha efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de

creencias de los padres (art. 16.1 CE). Es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» (SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 120/1990, de 27 de junio). Además, es oportuno señalar que, como hemos dicho en las SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5, el derecho fundamental a la vida tiene «un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte». En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.

En el marco de tal delimitación de los derechos en conflicto las consecuencias del juicio formulado por el órgano judicial no tenían por qué extenderse a la privación a los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia. Y ello porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante (acerca de este principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales, por todas, SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7, y 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5). Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión.

13. Una vez realizada dicha ponderación no concurría ya ningún otro elemento definidor de los límites al ejercicio de la libertad religiosa. Concretamente, el art. 16.1 CE erige el orden público como límite de las manifestaciones de este derecho. Pues bien, entendido dicho límite en el plano constitucional, cuando se trata de conflictos entre derechos fundamentales su preservación se garantiza mediante la delimitación de éstos, tal y como se ha efectuado en este caso.

A partir de los arts. 9.2 CEDH y 18.3 PIDCP, anteriormente citados, podemos integrar, asimismo, en esa noción de orden público la seguridad, la salud y la moral públicas (como por otra parte se cuida de hacer el art. 3.1 LOLR). Pues bien es claro que en el caso que nos ocupa no hay afectación de la seguridad o de la moral pública. Y tampoco la hay en cuanto a la salud, ya que los textos internacionales, que sirven de pauta para la interpretación de nuestras normas (art. 10.2 CE), se refieren en los preceptos citados a la salud pública, entendida con referencia a los riesgos para la salud en general.

14. Sentados los anteriores extremos, procederemos al examen de qué concretas acciones se exigían a los padres, en el caso sometido a nuestra consideración, en relación con la prestación del tratamiento médico autorizado por la resolución judicial.

En primer lugar, se les exigía una acción suasoria sobre el hijo a fin de que éste consintiera en la transfusión de sangre. Ello supone la exigencia de una concreta y específica actuación de los padres que es radicalmente contraria a sus convicciones religiosas. Más aún, de una actuación que es contradictoria, desde la perspectiva de su destinatario, con las enseñanzas que le fueron transmitidas a lo largo de sus trece años de vida. Y ello, además, sobre la base de una mera hipótesis acerca de la eficacia y posibilidades de éxito de tal intento de convencimiento contra la educación transmitida durante dichos años.

En segundo lugar, se les exigía la autorización de la transfusión, a la que se había opuesto el menor en su momento. Ello supone, al igual que en el caso anterior, la exigencia de una concreta y específica actuación radicalmente contraria a sus convicciones religiosas, además de ser también contraria a la voluntad ---claramente manifestada--- del menor. Supone, por otra parte, trasladar a los padres la adopción de una decisión desechada por los médicos e incluso por la autoridad judicial ---una vez conocida la reacción del menor---, según los términos expuestos en el párrafo tercero del relato de hechos probados de la sentencia de instancia [antecedente 2 b) y fundamento jurídico tercero, apartado c), ambos de la presente Sentencia].

En tercer lugar, es oportuno señalar que los padres, ahora recurrentes, llevaron al hijo a los hospitales, lo sometieron a los cuidados médicos, no se opusieron nunca a la actuación de los poderes públicos para salvaguardar su vida e incluso acataron, desde el primer momento, la decisión judicial que autorizaba la transfusión, bien que ésta se llevara a cabo tardíamente (concretamente, cuando se concedió una segunda autorización judicial, varios días después de la primera). Los riesgos para la vida del menor se acrecentaron, ciertamente, en la medida en que pasaban los días sin llegar a procederse a la transfusión, al no conocerse soluciones alternativas a ésta, si bien consta, en todo caso, que los padres siguieron procurando las atenciones médicas al menor.

15. Partiendo de las consideraciones expuestas cabe concluir que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron.

En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar 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 va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias.

Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE). Por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las Sentencias recurridas en amparo.

16. Debemos examinar, a continuación, si se ha producido la vulneración del principio de legalidad penal (derecho a la legalidad penal), que proclama el art. 25.1 CE. Pues bien, en este caso la vulneración del principio de legalidad es inherente a la vulneración del derecho a la libertad religiosa, por lo que resulta innecesario un pronunciamiento sobre el particular.

17. Como ya se ha expresado, en el presente caso los padres del menor fallecido invocaron su derecho a la libertad religiosa como fundamento de su actitud omisiva y, al mismo tiempo, posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor.

Por ello procede otorgar el amparo solicitado por vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), con la consiguiente anulación de las resoluciones judiciales impugnadas.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA, Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

1º. Reconocer que a los recurrentes en amparo se les ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE).

2º. Restablecer en su derecho a los recurrentes en amparo y, a tal fin, anular las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ambas ---primera y segunda--- de fecha 27 de junio de 1997, con el número 950/1997, dictadas en el recurso de casación núm. 3248/96.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciocho de julio de dos mil dos.

Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Tomás S. Vives Antón. Pablo García Manzano. Pablo Cachón Villar. Vicente Conde Martín de Hijas. Guillermo Jiménez Sánchez. María Emilia Casas Baamonde. Javier Delgado Barrio. Elisa Pérez Vera. Eugeni Gay Montalvo. Firmado y rubricado.

Medicina Legal de Costa Rica
versión impresa ISSN 1409-0015

Med. leg. Costa Rica v.11-12 n.2-1 Heredia mayo 1995

**Elección terapéutica y transfusión sanguínea
Alain Garay***

Abstract

When blood transfusion medicine is debated because of failures in the standard systematic blood screening system, the subject of how to manage the benefit-danger ratio in blood transfusions becomes urgent. Can the patient's right to select an optional therapeutic method when blood transfusion is not desired. Through the study of Jehovah's witnesses' claims who turn to science for optional treatments, the essay insists on the implications of such a choice on public and private health policies.

Keywords

Blood transfusion, patient's rights, Jehovah's witnesses, alternative techniques.

Reference

GARAY, Alain , Therapeutic choice and blood transfusions, *Medicina Legal de Costa Rica*, vol. 11, No. 2, 1994; vol. 12, No. 1, 1995, pp. 4-11

Resumen

Cuando la medicina transfusional está en tela de juicio por el fracaso de la rutina sistemática de la sangre, es urgente plantearse la pregunta de ¿cómo gestionar el beneficio-riesgo de la transfusión sanguínea? ¿Puede el libre albedrío del paciente modificar la relación terapéutica? Este artículo explica el papel determinante del derecho del paciente a elegir una terapéutica de sustitución a la transfusión sanguínea. A través del estudio de las exigencias del testigo de Jehová que recurre a la ciencia para elegir un tratamiento selectivo, el artículo insiste en las incidencias del tal elección terapéutica sobre las políticas de salud pública y privada.

Palabras clave

Transfusión sanguínea, derecho del paciente, testigos de Jehová, técnicas alternativas.

Referencia

GARAY, Alain, Elección terapéutica y transfusión sanguínea, *Medicina Legal de Costa Rica*, vol. 11, No. 2, 1994; vol. 12, No. 1, 1995, pp. 4-11.

Si la transfusión había logrado borrar esa imagen a la vez salvadora y maléfica de la sangre, ahora con el SIDA ha aumentado su imagen de asunto de vida y muerte(1). Los científicos que presidieron los "ritos" tecnológicos se han vuelto "víctimas de las limitaciones de su saber y de su poder". El episodio de las contaminaciones post transfusionales

ha modificado profundamente el comportamiento de los donantes así como el de los enfermos, ha hecho ver de cerca una realidad que los especialistas conocían desde que los bancos de sangre existen; ninguna transfusión de sangre está totalmente exenta de riesgos. La seguridad absoluta no existe, "todas las precauciones que se tomen no harán jamás desaparecer totalmente el riesgo transfusional"(2). Esta preocupación mayor de la salud pública recuerda que la sangre, en sí misma, puede ser objeto de incertidumbres, pero también puede tomar un matiz jurídico(3). Tratándose de medidas preventivas, el Código Internacional de Etica elaborado por la Sociedad Internacional de Transfusión Sanguínea subraya que "el objetivo de la transfusión es asegurar una terapia eficaz compatible con el máximo de seguridad". Pero es necesario constatar que en materia de transfusión sanguínea el mundo médico no asegura al enfermo la oportunidad de hacer una selección. Ahora bien, la revisión del reflejo transfusional no puede evitar la reflexión y la renovación de la práctica médica, notablemente, en presencia de pacientes, como los testigos de Jehová, que reivindican el uso de alternativas a los productos sanguíneos.

I. Cuestionar el reflejo transfusional beneficia el libre albedrío del enfermo.

Pese a todos los esfuerzos realizados actualmente para minimizar el riesgo nosocomial transfusional, parece imposible de reducirlo a la nada, tanto más al observar que es muy probable que se cubra bajo los restos de microorganismos misteriosos con un poder patógeno desconocido. ¿En tal contexto, cuáles son las dimensiones del libre arbitrio del enfermo?

A. La medicina transfusional en tela de juicio.

1. En 1994 una observación científica se impone: el fracaso de la rutina transfusional sistemática. Si bien ya han pasado varias décadas desde que la transfusión sanguínea llegase a ser un proceder generalizado, se han necesitado algunos sobresaltos jurídico-mediáticos para que la comunidad científica sea confrontada con críticas al recurso sistemático en esta técnica. En particular, "la crisis del sistema transfusional francés ha revelado el peso que tienen los establecimientos de colecta y de donantes con perjuicio de los derechos de los receptores"(4). Todavía más extraordinaria es la cristalización del debate francés sobre la contaminación de los hemófiles (5). Por otra parte, la pésima calidad de la selección clínica de donantes de sangre no solo ha ocasionado variedad de contaminación por el virus de inmunodeficiencia (HIV) que sabemos, pero -desde antes de la emergencia del SIDA- una contaminación considerable, quizás todavía proporcionalmente más elevada, por el virus de la hepatitis C (VHC) (6). Como resultado, se puede decir que la ausencia de una cultura de salud pública añadida a una visión técnica de la medicina

han obrado en detrimento de los receptores de sangre. El reajuste de la colecta de sangre, este pasaje del "transfusor" al "colector", se hace sin que los principales actores puedan apreciar la considerable distensión de la relación entre el donante y el receptor.

En cuanto a las costumbres de prescripciones médicas, han quedado por demasiado tiempo catalogadas con el sello del laxismo. El profesor Jean-Pierre Soulier, en otro tiempo director general del CNTS (1965-1984) recuerda que "hubo un tiempo donde se transfundía a casi todos los operados, a veces incluso cuando se trataba de operaciones sin importancia (hernia, apendicitis). Los anestesiólogos-reanimadores seguían las nociones entonces enseñadas; se aconsejaba prevenir el choque operatorio reemplazando poco a poco la sangre perdida para obtener consecuencias operatorias simples. Estas transfusiones, de principio sin necesidad vital, deben rechazarse rotundamente, no solo a causa del riesgo residual ínfimo de transmisión del virus HIV, sino también por el riesgo de transmisión del virus de la hepatitis B y, desde 1990, de la hepatitis C (7). Acomodado en sus actitudes, el mundo médico ha reaccionado tarde a una sucesión de accidentes. No es sino recientemente que estas costumbres de prescripción fueron modificadas poco a poco: el número de unidades de productos sanguíneos lábiles ("sangre total" y "concentrados de glóbulos rojos") transfundidos cada año en Francia ha bajado aproximadamente un 19% entre 1986 y 1991 (8).

La fragilidad de la cultura de medidas de precaución de los prácticos facultativos ha sacudido la evidencia médica de manera profunda en medicina transfusional (9). La conciencia de los peligros del recurso rutinario de los productos sanguíneos es reciente. Además, en Europa, en contraste con América del Norte, la literatura científica no es tan abundante. Salvo las referencias técnicas relativas, por ejemplo a la autotransfusión o la hemodilución, no existen en la bibliografía francesa estudios completos y generales sobre el tema (10). Esta constatación subraya el retraso científico concerniente a las soluciones técnicas aportadas a la crisis del sistema terapéutico transfusional y demuestra que los médicos necesitan sacar provecho de los errores del pasado para gestionar mejor el presente. Según el profesor Castaigne, "yo he prescrito actos para mejorar el confort de vida de ciertos enfermos coronarios(...), eso se llama un error médico; lo hacemos a menudo, y no todos tienen consecuencias jurídicas, pero no tenemos el derecho de negar su existencia porque hacerlo es arriesgarse a repetirlo. En 1970 la sangre era un producto mágico, salvador; en 1980 se ha convertido en un asesino; a finales de 1991 sabemos con certeza que la transfusión sin riesgos no existe". ¿Sin embargo, el juramento de Hipócrates y la deontología médica reglamentada, no imponen a la comunidad médica esta obligación de medios, grabada como una moneda, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en 1936 (12)? Mientras que el derecho parece exigir que el abastecimiento de sangre destinada a las transfusiones sea un producto limpio (13), es sin embargo

paradójico el hecho de que ninguna decisión de salud pública, ni programa de investigación nacional, ni recomendación deontológica alguna apoyen los esfuerzos en favor de la instauración de protocolos científicos de sustitución máxima a la transfusión de sangre el profesor Castaigne concluyó así su preocupación en cuanto a este asunto: "Esperábamos que las autoridades administrativas nos informasen, que tomasen las decisiones para la modificación de nuestra práctica y que nos incitasen a considerar la sangre como un medicamento que solamente ha de utilizarse con la preocupación permanente de la relación beneficio-riesgo" (14).

2. La urgencia de una gestión beneficio-riesgo en medicina transfusional.

La medicina transfusional, como las otras, conoce dos límites: el respeto de la regla de la razón proporcionada y la prohibición de la aplicación de tratamientos imprudentes. Se constituye un requisito previo: el equilibrio que debe encontrar la intención terapéutica en materia transfusional en la balanza de la relación beneficio-riesgo. La Sra. Dorsner-Dolivert precisa que es "indispensable que el propósito buscado resulte positivo; el beneficio que se espera en el tratamiento o en la operación debe ser superior a los riesgos". Conscientes de este paso, los poderes públicos han decidido, por vía de la circular del 28 de agosto de 1987 de la Dirección General de Salud, velar por "limitar a lo estrictamente necesario el número de transfusiones de sangre" (15). Esta preocupación aparece en filigrana en una recomendación sacada de la circular del 15 de enero de 1992 de esta misma dirección que subraya: "los médicos deben prescribir a los enfermos los productos mejor adaptados, evitando todas las indicaciones que no son estrictamente justificadas reservando únicamente los productos y las técnicas más seguras (...) Además, cada médico debe, informar al paciente de la transfusión y efectuar un control de seguimiento (16). En derecho médico, la regla de la razón proporcionada impone la constatación de una proporcionalidad entre los riesgos de la abstención selectiva y las ventajas de la acción transfusional con referencias a la gravedad del diagnóstico (17). El riesgo terapéutico autorizado puede medirse en términos de mortalidad de accidentes infecciosos con respecto a un tratamiento que ha resultado ineficaz. La jurisprudencia considera que es una falta el hacer correr al paciente peligros terapéuticos injustificados (18) y que es correcto el rehusar los riesgos mal evaluados (19). Esos principios del derecho médico se aplican al momento de elegir entre varias terapias posibles, la que es menos perjudicial para el paciente, que presente la mejor proporción riesgos/beneficio previsibles (20). En medicina transfusional. Algunos estudios han insistido en la conveniencia de la gestión beneficio-riesgo. En particular, en un famoso editorial del *The American Journal of Medicine*, titulado; 'Are transfusions overrated? Surgical outcome of Jehovah's witnesses?', el profesor Craig S. Kitchens ha comparado el 20% de casos de complicación post transfusional, que podían resultar

en un cierto número de muertes, con cifras situadas entre 0,5 et 1,5% de los casos de testigos de Jehová operados sin transfusión y fallecidos posteriormente a consecuencia de una anemia muy severa. Concluye, subrayando que "this risk of not transfusing patients must be weighed against the cost, morbidity and mortality that would be expected to accrue had these patients been transfused. These concepts should be employed whenever one is formulating a risk-benefit ratio for the patients for whom transfusion is contemplated" (21). Según un estudio de pediatras americanos, "the lack of benefit from red blood cell transfusion in the moderately anemia critically ill patient questions the risk-benefit ratio of this therapy for not only severely ill but for the nonsurgical and surgical patient as well" (22).

En relación con la exigencia científica de la relación beneficio-riesgo, el libre albedrío del paciente debe ser, en la medida de lo posible respetado, mientras que el tratamiento transfusional presente peligros potenciales.

B. Lo que está en juego: El libre albedrío del enfermo.

1. Las garantías del poder de decisión del paciente.

Informado de las graves consecuencias derivadas de la transfusión de sangre, el práctico facultativo tiene la obligación de prevenir al paciente y de informarle sobre los riesgos (23). En medicina transfusional, el enfermo debe poder gozar de oportunidades de elección entre varias soluciones médicas. En efecto, los principios de la autodeterminación informada y de la inviolabilidad de la persona progresivamente se han alimentado de garantías consagradas por los textos internacionales protectores de los derechos humanos. La cuestión del rechazo selectivo de tratamiento médico ha sido una ocasión para modificar el papel desempeñado por el enfermo en las decisiones que le conciernen (24). De hecho, la actual medicina transfusional involucra la revisión de la noción epistemológica de resultado en la asistencia médica. Este debate debe instaurarse sobre un cuestionario fundado en un conflicto de valores prioritarios en cada caso y a optimizar según un consenso de aceptación de las referencias médicas, morales y humanas. En efecto, el mero interés por la salud no justifica los atentados a la personalidad del paciente, aunque estuvieran en conformidad con los adelantos actuales de la ciencia. Pero, una pregunta queda en suspenso ¿cuál es el interés del enfermo? Para los profesionales de la transfusión lo que verdaderamente está en juego en la enfermedad, constituye el elemento determinante, mientras que el paciente queda, él mismo, marcado por el contexto sociocultural y por una historia personal y familiar mucho más notable. El diálogo médico-enfermo, calificado en teoría del encuentro de una confianza y de una conciencia, permanece colocado bajo la garantía recíproca del pluralismo ético de los asociados al acta médica interesados por el interés y la

voluntad del enfermo (25). Pero es necesario constatar que el paternalismo médico ha mantenido por demasiado tiempo al paciente en una relación dominado-dominante. Antaño, eminentes autores denunciaban "el imperialismo médico en el terreno del derecho"(26). El mito del "maestrazo del derecho divino" de los médicos, estancado en la imaginación colectiva, provocó derivas hacia el cientificismo. En el nombre de los postulados metodológicos de la ciencia médica los prácticos facultativos continuaron sanando el cuerpo contra la conciencia del paciente (27). Sin embargo, parece que la problemática de la oportunidad del acto médico está subordinada a dos nociones principales, la primera es la libertad del individuo, designada por los juristas "derecho a la autodeterminación". La segunda corresponde al compromiso profesional y moral del médico a tratar de concurrir ala curación deseada. Entre estas dos exigencias bilaterales, un conflicto puede surgir; se asimila a un antagonismo entre la libertad personal del paciente y el recurso subjetivo a la noción del interés o el bien del paciente. Entonces, la urgencia está en instaurar condiciones de negociación entre los dos asociados, fundadas en "un intercambio de informaciones y en la toma de decisión de cada una de las partes interesadas"(28). Está claro que las relaciones médico-paciente deben inscribirse en una auténtica diligencia bilateral, donde cada uno de los dos actores principales deben poder afirmar sus pretensiones y poderes. Esta actitud está garantizada por el principio constitucional y universal de libertades individuales (29). La negación selectiva de la terapia sanguínea por un paciente está protegida por la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Europea de los Derechos humanos (30). El ejercicio de la libre elección de rechazar un consentimiento a la transfusión de sangre no es oponerse al orden público, donde la noción es, por esencia, evolutiva (31). Y no vemos en qué el ejercicio de una selección médica individualizada en materia de transfusión pudiera comprometer la moralidad o la salud pública, el orden sanitario y social...

¿Considerando que el médico tiene una obligación de medios, es simplemente un prestatario de servicios? En efecto, consultar un facultativo no significa automáticamente la adhesión absoluta y permanente a las proposiciones terapéuticas. El técnico propone, el hombre que sufre debe disponer.

2. La primacía de una selección informada de la terapéutica al enfermo.

Si el enfermo tiene un poder de decisión, esto significa que puede libremente aceptar o rehusar los cuidados, pero también ejercer una selección con todo el conocimiento de causa. Esta libertad de opción existen o solamente en la selección primera sino, además en el transcurso de la terapia. Ella supone una información máxima sobre

las causas y consecuencias médicas de la dolencia (32). Si son posibles diferentes tratamientos, el médico deberá revelarlos al enfermo indicando las ventajas e inconvenientes respectivos. El médico debe entregarse a una verdadera prueba de evaluación cuando considera recurrir a la administración de una transfusión de sangre. Desde ese punto de vista, es inaceptable el recurso clandestino de transfundir en secreto, denunciado por el doctor Louis René (33).

Progresivamente, el paciente deja el papel de receptor de informaciones cuando manifiesta su voluntad y ejerce su selección informada, actitud que sobrepasa la del consentimiento (34). Desde este momento, el respeto por la elección del paciente prohíbe al médico hacer caso omiso de la voluntad expresada del paciente (35). Desde 1958 el Tribunal de apelaciones de Rouen decidió que "la integridad corporal, derecho inherente a la persona humana que deja al enfermo la facultad de elegir entre la operación que se le presenta como necesaria para su salud y los riesgos que le acarrearían el rechazo de someterse a la misma, no se podría deducir la ausencia de prejuicios por el hecho de que una operación realizada sin el consentimiento del enfermo tuvo un resultado favorable" (36). Si el enfermo rechaza la transfusión de sangre, la jurisprudencia no considera la abstención del médico como un delito. Un comunicado de la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo, con fecha del 3 de enero de 1973, atestigua que el delito de no ayudar a persona en peligro, no se mantendría contra el médico una vez constatado que "la terapia adecuada ordenada por él no ha sido aplicada por causa del rechazo obstinado y hasta agresivo de la Sra. G. De someterse a los cuidados prescritos" (37). Esta posición jurisprudencial concuerda con el punto de vista de la doctrina dominante en Francia (38).

La exigencia reivindicatoria de los testigos de Jehová en medicina transfusional interpela a la comunidad científica que descubre progresivamente el error consistente a concebir de manera benéfica el recurso a priori salvador de la transfusión de sangre (39).

II. La postura ineludible de la selección informada del enfermo en medicina transfusional: el caso clásico de los testigos de Jehová.

Mientras que los testigos de Jehová no dudan en presentarse como "pioneros de la cirugía sin transfusión de sangre" (40), el esfuerzo de lucidez que pide el dar este paso típico-ideal, evita a los científicos, sociólogos y juristas perder el dominio de sus instrumentos y asimilar de esta manera sus juicios de valor a las experiencias científicas.

A. El tipo ideal de la comunidad de los testigos de Jehová.

1. Dimensión religiosa y médica del rechazo selectivo de transfusión de sangre.

Una abundante literatura norteamericana y francesa ha tratado las implicaciones médicas y jurídicas del rechazo selectivo de transfusión de sangre de estos cristianos (41). Uno de los primeros estudios franceses documentados titulado: "El rechazo de sangre por respeto a Jehová o temor al SIDA" fue redactado por médicos (42) que recuerdan la base bíblica y religiosa de la posición científica y ética de este grupo. Generalmente, los autores tratan de desmitificar las explicaciones religiosas insistiendo en la conducta terapéutica y deontológica a sostener frente a esta categoría de personas. Charles Baron sitúa la acción de los testigos de Jehová en la prolongación del movimiento de enfermos (43). Cita dos estudios norteamericanos que explican en particular que "en la gran mayoría de los casos que les conciernen, el riesgo operatorio en la ausencia de transfusión de sangre no es más importante que en los enfermos que han sido transfundidos". (Dixon, Smalley, Jehovah's Witness: the surgical/ethical challenge, JAMA, 1991, 2471). El autor concluye diciendo que "la entera sociedad americana se ha beneficiado de esta acción. No solo los testigos de Jehová sino el conjunto de enfermos que probablemente recibirán menos transfusiones sanguíneas inútiles que en el pasado, a causa de los comités de enlace con los hospitales de los testigos de Jehová".

Entre religión y ciencia, la experiencia de esta comunidad que reivindica unos 4,7 millones de adeptos en el mundo revela una paradoja: en otros tiempos fueron completamente denigrados (44), hoy representan un interés científico (45). Para J.M. Thomas, "recent developments have convinced me that it is time physicians met the surgical and ethical challenge presented by Jehova's witnesses and that we end the unfortunate hostility that prevails in some areas"(46). Pero, a pesar de los resultados prometedores de las alternativas a la transfusión de sangre, un cierto número de prácticos facultativos persisten en administrar este producto a espaldas y contra la voluntad del paciente (47). Un estudio recientemente realizado entre 242 médicos miembros de EUROPEAN SOCIETY OF INTENSIVE CARE MEDICINE revela que el 63% de ellos practicarían, a pesar de un rechazo escrito, una transfusión sanguínea en un testigo de Jehová. En estas circunstancias 26% de los prácticos interrogados no informarían al paciente de este acto clandestino (48). Estos resultados invitan a la comunidad científica a medir mejor las implicaciones terapéuticas, éticas y jurídicas de los medios utilizados para respetar la conciencia de esta población en particular.

2. El recurso sistemático al desarrollo científico.

Enormes medios técnicos e institucionales se han puesto en práctica bajo el impulso de esta comunidad religiosa. Buscando la cooperación y no la confrontación, los testigos de Jehová han instaurado un vasto servicio de información que tiene como propósito el facilitar el intercambio de medios y de técnicas entre

equipos médicos, además de desarrollar la información médica sobre la cirugía sin transfusión de sangre y las soluciones sustitutivas. Una estructura internacional, centralizada en Nueva York con 90 delegaciones repartidas por todo el mundo, supervisa la intervención de unos 1.000 comités de enlace con hospitales que disponen así de las referencias de 45.000 prácticos facultativos que han aceptado tratar sin transfusión sanguínea (49). Hasta el día de hoy, 38 programas de cuidados sin transfusión han sido organizados en los establecimientos hospitalarios suscritos a un contrato a través de la compañía de asistencia y traslado sanitario AYUDA MUNDIAL. Con esta armada de medios institucionales muchos facultativos levantan el desafío técnico, notablemente entre los pioneros y los médicos más experimentados (50). Entonces, si la decisión de transfundir es equivalente a la de operar, las dos significan riesgos y ventajas comparables en términos de análisis de decisión. El facultativo que comprende la lógica del análisis está motivado a emitir una proposición transfusional que se inscribe en un contexto económico y político dado.

B. Las incidencias sobre la política de salud.

1. Importancia de los factores económicos y político-sociales.

Hoy los escritos especializados permanecen casi mudos sobre el estudio del costo social y económico del rechazo selectivo de la transfusión de sangre. Muy perentoriamente, algunos expresan "que si evocan una economía de productos sanguíneos, nadie ha estimado el costo de las técnicas complejas de anestesia (...) Este costo suplementado sufragado por la sociedad sobrepasa por mucho las economías realizadas a veces en productos sanguíneos" (51). Uno de los raros estudios sobre el balance de costo-ventaja de la transfusión homóloga da a conocer, en los Estados Unidos, la cara escondida del sistema (52). Este estudio toma en cuenta los gastos inducidos y directos y pone en evidencia las cifras siguientes. El costo global de la transfusión homóloga es de 1.322 dólares por unidad, mientras que el costo de la transfusión autóloga se evalúa en 350 dólares. La conciencia de factores tales como el costo administrativo de las medidas públicas de seguimiento transfusional y de hemovigilancia, del total de las indemnizaciones de reembolso, del perjuicio causado por las víctimas de la contaminación o de accidentes post transfusionales, así como los efectos financieros relacionados con las complicaciones médicas y las bajas en el trabajo, permitirían medir mejor las incidencias económicas. Queda por emprender un estudio de la perspectiva económica y social, sobre todo en el marco de la política de la salud pública. Sin embargo, hasta el día de hoy no se dispone de estudios documentados sobre esta cuestión de primera importancia, sino solamente de aproximaciones parciales (53). Esta situación interesa notablemente a los responsables de la salud pública que en los Estados Unidos intentaron evaluar la cantidad superior a 13 millones de unidades de sangre transfundida

anualmente y cuyo gasto por paciente sería de 400 dólares por unidad; esto asegurará al mercado de productos de sustitución sanguínea un beneficio de 5.720 millones de dólares (54).

Por otra parte, la carencia de una formación inicial y continua de los cirujanos y los anestesiólogos reanimadores sobre los métodos de la economía sanguínea y las técnicas de sustitución frenan el desarrollo de esta nueva disciplina. Además, en presencia de tal carencia, el cuerpo médico continúa pretendiendo complacientemente que la transfusión de sangre constituye la aproximación correcta frente a ciertas situaciones clínicas. Esta visión idealizada de una práctica médica completa, sustituyéndose al consentimiento del enfermo, la hace una práctica profesional estándar. Por ejemplo, las reglas médicas sobre el momento de transfundir, y el nivel de hematocritos, continúan siendo solo aproximaciones, aunque muy utilizadas (55). Este déficit pedagógico no podrá ser eliminado sin que los principales responsables públicos tomen antes la iniciativa de sensibilizar el conjunto médico a este cambio terapéutico. Desde este punto de vista, el desarrollo de jornadas de estudio profesional sobre la economía y las alternativas de la transfusión de sangre, pudieran dar resultados prácticos, incluyendo además, reflexiones éticas y jurídicas sobre estas cuestiones (56). En esta situación, es únicamente bajo la acción de los pacientes que se organiza el desarrollo de soluciones científicas en un "silencio institucional ensordecedor."

2. El papel vital de las reivindicaciones individuales del paciente.

La insistencia de los pacientes ha sido aquí un factor de progreso científico. Esta reivindicación fundada ante todo por motivos religiosos ha permitido al colectivo médico efectuar operaciones quirúrgicas en otro tiempo rechazadas. Mientras que el riesgo, históricamente, se ha confundido con la voluntad de sanar en situaciones desesperadas, la medicina transfusional ha evolucionado en estos últimos años, quizá por el hecho de que movimientos de enfermos tales como los hemofílicos contaminados y los testigos de Jehová se han manifestado (57). Identificada, evaluada, anunciada y consentida ésta, el aceptar el riesgo puede ser un medio de progresar (58). Individualizado, el proceder del paciente se ha articulado en torno a la firma de un documento de rechazo selectivo de transfusión dado al médico y conservado en el expediente clínico en el caso de cirugía regulada (59). Los testigos de Jehová además poseen un documento explicando su posición permanente e incondicional en caso de urgencia y/o inconsciencia. Esta medida de protección jurídica se analiza como la expresión de la voluntad permanente del paciente de recibir cuidados con excepción de una transfusión de sangre (60). Esta precaución, a la vez respetuosa de la convicción del paciente y de la seguridad del facultativo, ha sido recomendada por los representantes del consejo Nacional del Colegio de Médicos. El doctor Louis René aconseja a los facultativos

"hacer constatar para que ulteriormente no pueda ser discutido el rechazo obstinado del paciente y de su entorno. En el caso particular de fallecimiento, tal atestación podrá añadirse a una descarga de la parte del paciente o su entorno a fin de demostrar a posteriori a los jueces la ausencia de culpa del médico en la pérdida sufrida"(61).

Este trámite participativo del paciente consagra el respeto de las libertades individuales del enfermo (62). Se inscribe en el marco de recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, del 30 de abril de 1980, en los siguientes términos. "la relación establecida entre enfermos y profesionales debe transformarse en una relación conjunta basada en una confianza recíproca (...) Convendría señalar la adopción de una concepción dinámica de la participación del público a la protección de la salud y del enfermo a su propio tratamiento"(63). El acuerdo sobre estos fundamentos necesita no solo largas confrontaciones sino también un verdadero acercamiento bilateral de la relación terapéutica. Aquí, el paso ético fundamental consiste, según el filósofo K. Apel, "en un reconocimiento de las personas como sujetos de la argumentación y de sus diferencias. Esto implica necesariamente representaciones de la enfermedad más allá del campo de la terapéutica, en un terreno donde los valores éticos y religiosos ocupan una función más determinante que los hechos biológicos. ¿La elección terapéutica, expresión de la singularidad insustituible del individuo y del pluralismo ético, no será la traducción de una ética de la responsabilidad y de la dignidad inalienable de la persona humana?

Referencias

1. Transfusión sanguínea en Europa: un libro en blanco, P.J. Hagen, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1993, p. 7. [[Links](#)]
2. "La lista de riesgos potenciales -inmediatos o secundarios- es larga. Entre las reacciones agudas podemos citar el shock hemolítico y el no hemolítico, el shock anafiláctico hipotensivo las septicemias. Otras patologías -aloinmunización, hepatitis virales, paludismo, SIDA, por ejemplo-, se manifiestan más tarde (...) Globalmente, la transfusión sanguínea en Europa induce a efectos negativos inmediatos o secundarios en un 10 a un 15% de ñps receptores". Transfusión de sangre en Europa, precitado, pp. 16-17. Sobre los efectos incontrolados del fenómeno de la "ventana serológica", las posiciones científicas continúan siendo aleatorias: Walker R.H., Transfusion risks, am. J. Clin. Pathol 1987: 88: 374-8; B. Lasalle y otros, Accidents hémolytiques transfusionnels par incompatibilité ABO RH-responsabilité médicale, La Presse Médicale, el 3 de abril 1992, 22, No. 12, pp. 565-568.

3. J.-P. Baud, La nature juridique de la sangre; J. Bouineau, Sang, droit et histoire, Revue trimestrielle de la Cour d'appel de Versailles, octubre-diciembre 1993, No. 30, pp. 17-34. [[Links](#)]
4. J. Sourdille, c. Uriet, La crisis del sistema transfusional francés - rapport de la Commission d'enquête du Sénat, Economica, 1992. [[Links](#)]
5. "Cómo explicar que en Francia, se presenta de manera muy sensible la situación de la contaminación de los hemófilos, a la vez que se intenta ignorar la otra cara de la moneda. La contaminación post transfusional": A. Morelle, L' institution médicale en question - retour sur l'affaire du sang contaminé, Esprit, oct. 1993 p. 6.
6. La conclusión Micoud, hecha pública por el ministro de salud B. Louchner, el 8 de enero de 1993, estima que entre 500.000 y 2.000.000 de personas son portadoras de HIV en Francia; entre ellas, de 100.000 a 400.000 habrán sido contaminadas por una transfusión (Le Monde, 9 de enero de 1993); B. Habibi, Sécurité et morbidité transfusionnelles en France, Le concours médical, 1992, 114, pp. 271-281.
7. Transfusión y SIDA-El derecho a la verdad, Ed. Frison-Roche, 1992, p. 107. [[Links](#)]
8. Fuente: Servicio de Estadísticas, de Estudios y de Sistemas de Información (SESI) del Ministerio de Asuntos Sociales, de Salud y de Ciudad.
9. A. Garay, Voluntad del enfermo y evidencia médica: de la búsqueda de la lógica a la del sentido, 1º Congreso Mundial de Medicina y Filosofía, París, 30 de mayo de 1994, resúmenes a publicarse ed. John Libbery-Eurtext (París) y Kluwer (Dordrecht). [[Links](#)]
10. Economizar una sangre cada vez menos peligrosa; La medicina transfusional en mutación, JAMA, vol. 17, No. 251, del 15 de octubre de 1992; Tratamiento de la hemorragia aguda: la búsqueda de un riesgo transfusional cero, Euromédecine 1993, 10-13 de noviembre de 1993; ¿La cirugía sinutilización de sangre, es posible?, Coloquio AMS, el 1 de noviembre de 1985; Ateliers d'épargne sanguine, París del 27 de enero de 1994; Soigner les Témoins de Jéhovah: une entrve ou un défil?, coloquio AMS, el 8 de noviembre de 1986.
11. Sida Transfusional - un centro de cuidados y seguimiento es indispensable, Le concours médical, el 11 de enero de 1992, p. 73.
12. Cass. Civ. El 20 de mayo de 1936, D.P. 1936, 1, 88, concl. Matter, rapport Josserand.

13. A. Dorsner-Dlivet, Abastecimiento de sangre: la obligación de resultados, La Presse Médicale, el 23 de abril de 1994, p. 728. [[Links](#)]

14. Ya citado, nota 11,

15. Circular DGS 3B/763, DH/9 B.

16. Circular DH/DGS/3B/47 del 15 de enero de 1992 relativa al seguimiento de la seguridad transfusional. ¿Esta medida de seguimiento individual del enfermo transfusado por el médico prescriptor, no es en sí misma una preocupación del peligro potencial de una reacción incontrolada o de un efecto negativo de la transfusión de sangre? ¿Cómo evaluar y con qué instrumentos metodológicos?

17. "Esta búsqueda de la coherencia de la selección, tomando en cuenta el equilibrio de los intereses en cuestión y la gravedad de los daños que amenazan, constituye para el que se libra a una práctica dudosa un conflicto, y tanto más que nadie está al abrigo de una subvalorización arbitraria de un interés al perjuicio de otro". Hennau-Hublet, La actividad médica y los delitos de amenaza a la vida, la integridad física y la salud e las personas, tesis Universidad Católica de Lovaina, 1985, LGDJ; "La elección de una prescripción médica depende de los beneficios que se pueden esperar, teniendo en cuenta los inconvenientes eventuales que pueden resultar de tal tratamiento", Les prescriptions médicales, Bull, Ordre des Médecins, diciembre 1992, no. 12, p. 254.

18. Cass. Civ. 1ª, el 5 de marzo de 1974, D 1974 IR 127; Gaz. Pal 1974, 1, sumario 124. Ver igualmente, el 20 de febrero de 1979, JCP 1979, IV, 145: "El médico podía causar lesiones a veces irreversibles y debía ser administrado únicamente si las terapias aplicadas y los medios de investigación empleados se revelaban ineficaces".

19. Cass. Civ. 1ª, del 22 de mayo de 1964, Bull, civ. 1, 204; del 8 de febrero de 1975, Bull. Civ. 1, 9.

20. Para G. Mémeteau, "el rechazo tradicional del juez de inmiscuirse en los casos puramente médicos, no le impiden de apreciar la prudencia de una elección y declarar la responsabilidad del que ha optado en favor del tratamiento más inútilmente peligroso", nota sobre el principio de proporcionalidad en derecho médico, Medicina y Derecho, No. 5, marzo-abril de 1994, pp. 40-41.

21. The American Journal of medicine february 1993, vol. 94, pp. 117-119; ver "Bien inspirés Témoins de Jéhovah, La Gazette médicale, tome 100, No. 19, p.8.

22. K.A. Dietrich y otros, Cardiovascular and metabolic response to red blood cell transfusion in critically ill volume resuscitated nonsurgical patients, *Critical: care Médecine*, vol. 18, No. 9, 1990, pp. 940-944.
23. Cass. Civ. 1ª, el 4 de mayo de 1979, D. 1970, sumario 227. En ningún caso está justificado el transfundir clandestinamente, contra la voluntad del enfermo.
24. Cf. La recomendación R (80) adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 30 de abril de 1980, concerniente a la participación activa del enfermo a su propio tratamiento. Ver también, C. Byk, *Recherche médicale et droits de l'homme-une approche européenne*, JCP 1993, p. 484-488. Del mismo autor, *Les progres de la médecine et de la biologie au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, rapport H92-5, en marzo de 1992.
25. H. Anrys, *L'éthique médicale et les droits de l'homme*, in *Médecine et droits de l'homme-Normes et repères de la juridiction internationale de l'éthique, des morales catholiques, protestantes, juives, musulmanes, bouddhistes et agnostiques*, Conseil de l'Europe, el 16 de julio de 1992, DECS/MED DH (91) 2.
26. R. Savatier, D 1952, chro 157.
27. G. Gremy, *Entre le scientisme et l'humanisme . le déficitaire*, La Presse Médicale, el 10 de abril de 1993, 22; D.J. Roy, *Pratique médicale et recherche - Perspectives nord - américaines sur le consentement*, *Méd. Et Hyg.*, 1986, 44, pp. 2014-2017.
28. J.L. Baudoin, m.H. Parizeau, *Réflexions juridiques et éthiques sur le consentement au traitement médical*, *Médecine-Sciences*, 1987; B., Hoerni, M. Benezech, *L'information en médecine - Evolution sociales, juridique, éthique*, Masson, } 1993. Para un estudio exhaustivo de la cuestión del consentimiento aclarado, Sra. Sommerville, *Le consentement al'acte médical*, *Comm. Réf.*, Dr. Du Canada, serie "Protección de la vida", 1980.
29. "Rechazando la transfusión por motivos religiosos, la víctima ha ejercido una elección derivada de una libertad esencial", Cass. Crim. El 30 de junio de 1987, aff. Tetiarahi, inédit. Ver también M. Heraudeau, *Le malade, personne libre face au médecin*, teis Poitiers, 1955.
30. La aplicación del artículo 3 de la Convención Europea que trata de la prohibición de "maltrato inhumano o degradante" pudiera extenderse hasta el derecho de los enfermos, cf. F. Sudre, *La notion de peines et traitements inhumains ou dégradants dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de*

l'homme, R.G.D.I.P. 1984, p. 852, Y. Madiot, La protection internationale de la personne, La personne humaine-sujet de Droit, PUF 1994, pp. 173-206.

31. El conjunto convencional de los derechos del hombre toma en cuenta estas evoluciones. "Así, los factores de la evolución son (...) el progreso científico y la tolerancia de la comunidad, y el sentido de la evolución está claramente indicado: hacia una más grande comprensión de los problemas de los pacientes. Para ser evolutivas, las nociones inscritas en una convención que protege los derechos del hombre deben al menos obedecer al dinamismo de desarrollo de esos derechos", M. Delmas-marty, Pour un droit commun, Seuil, 1994, p. 76.

32. Concluyendo que "faltando a su obligación de explicar al enfermo sobre las eventuales consecuencias de su elección de aceptar la operación que le proponen, ese médico quizá en una decisión más juiciosa, únicamente ha privado al enfermo de una posibilidad de escapar a un riesgo que finalmente se realizó", Cass. Civ. 1^o, del 7 de febrero de 1990, JCP 1990, IV. P. 133. "El derecho individual a la calidad de vida, primero pasa por ser informado". Una disponibilidad efectiva de la vida de cada individuo supone la posibilidad de hacer elecciones aclaradas", M. Borysewicz, La qualité de la vie; une finalité nouvelle de la règle de droit, Mélanges Jauffret, Fac. Aix-Marseille, 1974, p. 145.

33. El antiguo presidente del Consejo Nacional del Colegio de médicos, igualmente ha denunciado esta actitud considerada como una "mentira piadosa", Transfusión sanguine et interdits religieux, La vie médicale, 1975, 35, pp. 2961-2962.

34. B. Rajbaut, El papel de la voluntad del enfermo en materia médica, tesis París XII, 1982. [[Links](#)]

35. Cons. de Estado, del 27 de enero de 1982, D. 1982, IR 275, note Penneau: "La voluntad del paciente disponiendo de su integridad intelectual debe constituir un límite que no se pueda violar; el paciente está libre, hipotéticamente, de aceptar, si lo decide así, el destino que se le presenta.

Ver igualmente, Cons. de Estado, del 29 de enero de 1988, M. Labidi, JCP 1989, II, 21222, note G. Mémeteau; Cons. de Estado, del 6 de marzo de 1981, Dr. Pech, Revue Dr. San., et Social, 1981, 407, note Dubois et 413, note Labetoulle.

36. Rouen, el 10 de diciembre de 1958, D. 1959, IR p. 60.

37. D. 1973, p. 220; Le refus de transfusions sanguine - aspects juridiques, AMS, 1990, 152 p.; J. Bouton, L'obligation de se soigner?, tesis Strasbourg II, 1990, pp. 34-40.

38. Ver J.M. Auvy, *Le droit de la santé*, PUF, Themies, p. 222; . Mémeteau, *Le droit Médical*, LITEC, p. 372; J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz 1992, p. 20-21; M. Véron, *la responsaiblité pénale du médecin*, *Droit médical et hospitalier*, LITEC, Fasc. 21, p. 25; M. Troper, *Volonté du patient et acquis de la science - le point de vue du juriste*, *La revue du praticien*, tomo 7, el 18 de octubre de 1993, p. 42; G. Levasseur, note sous Cass. Crim. El 3 de enero de 1973, *Rev. Sc. Crim.* 1973, pp. 696-694.

39. Dicha constatación, concede, al control y al estudio del análisis médico una posición preponderante. En efecto, "las reglas de la medicina deben distinguirse de la práctica (práctica utilizada rutinariamente, pero que no es necesariamente actual); y comprendemos mejor la jurisprudencia que decide el hecho de seguir una práctica que puede ser una falta, mientras que el hecho de seguir unas pautas de medicina está excluido de toda falta profesional". J. Penneau, *La prescription*, Actes du colloque 19-20 de junio de 1992, PUM 1993; J. Lowell Dixon, *Le sang: a qui le choix?* "Pour quelle conséquence?", *New-York State journal of medicine*, septiembre de 1988, vol. 88, No. 9.

40. Cf. *Despertad*, del 22 de noviembre de 1991, pp. 8-11.

41. *British Medical Journal*, *Managing patients who refuse blood transfusions: an ethical dilemma*, No. 6941, vol. 308, pp. 1423-1426; E.B. Goldman, H.A. Oberman, *Legal aspects of transfusion of Jehovah's witnesses*, W.Nielsen, *The biblical laws against transfusions reexamined*, *Transfusion medicine reviews*, No. 4 de octubre de 1991; G. Bagou, M.C. Laplace, *L'anesthésiste-réanimateur et le Témoin de Jéhovah*, *Ann. Fr. Anesth. Réanim.* 1991, 10, 354-361; B. Habibi, *Transfusion et Témoin de Jéhovah*, *Rev. Fr. Transfus. Hémobiol.* 1992, 35, 13-23; A. Najand, jJ. Canova, *Le patient Témoin de Héhovah et les nouvelles techniques médico-chirurgicales*, *Colloque Bordeaux*, el 5-7 de octubre de 1992; Rouge et al, *Le refus de transfusion sanguine - l'exemple des Témoins de Jéhovah*, *Le concours médical*, el 6 de noviembre de 1993, pp. 3107-3110.

42. *J. Gynecol. Obstet. Biol. Reprod.* 1988, 17, 965-980. De los mismos autores, ver también *Le praticien face au refus de transfusion sanguine*, *Le concours médical*, el 31 de marzo de 1990, pp. 1138-1140.

43. *Sang, péchéé et mort*, *Les Térmoins de Jéhovah et le mouvement desdroits des malades*, *Revue trim. Tribunal de apelaciones de Versailles*, octubre y noviembre de 1993, No. 30, pp. 93-115.

44. "Los testigos de Jehová piensan que solo la oración sana, y excluyen toda intervención médica", P.J. Doll (presidente del Tribunal de apelaciones de París), nota en el Cass. Crim., del 30 de octubre de 1974, *Tolle*, *Gazette du Palais*, del 27 de mayo de 1975.

45. J. R. Zaorski y otros, Open heart surgery for acquired heart disease in Jehovah witnesses-a report of 42 operations, The American Journal of Cardiology, 1972, vol. 29, pp. 186-189; Ott. Cooley, Cardiovascular surgery in Jehovah' s witnesses-report of 542 operations without blood transfusion, JAMA, septiembre 19, 1977, vol. 328, pp. 1256-1258; J. Seguin, Chirurgie cardiaque chez les adultes Témoins de Jéhovah, La Presse Médicale, el 26 de octubre de 1991, No. 34, p. 1644.
46. Meeting the surgical and ethical challenger presented by Jehovah's witnesses, Canadian Medical Association Journal, vol. 128, del 15 de mayo de 1983, p. 1153. [[Links](#)]
47. L. Rozovsky, F. Rozovsky, Treating the Jehovah's witnesses patient, Canadian Doctor, 1982, 48, pp. 81-84. [[Links](#)]
48. J.L. Vincent, Transfusion in the exsanguinating Jehovah's witness patient-the attitude of intensive-care doctors, European Journal of Anaesthesiology, 1991, 8, pp. 297-300. [[Links](#)]
49. D. Delmas, a. Garay, La oficina de información de hospitales de los testigos de Jhová, La Gazette de la transfusion, julio de 1983, 88, pp. 36-38. [[Links](#)]
50. M. E. Boyd, El obstetra, el ginecólogo y los testigos de Jehová, Journal soc. Des Obs. et Gyn. du Canada, julio y agosto de 1992, pp. 13-16; B. Eiseman, Transfusion sanguine péri- opératoire, Surgical rounds, noviembre de 1988, pp. 31-35.
51. Bagou, Laplace, citado, p. 359.
52. E. Munoz, The hidden costs of homologous blood, Ortho biotech, Toltzis communication, 1991.
53. D. Clair Lambert, el gasto mundial del SIDA-1980/2000, CNRS ediciones, 1992; Alternativas económicas del SIDA, mayo de 1993, pp. 25-31; Chossegro sy otros, Gasto en Francia delashepatits A agudas del paciente adulto, La Presse Médicale, el 26 de marzo de 1994, 23, pp. 561-564.
54. Blood substitutes: application potential and safety concerns, Lab-medica internacional, enero y febrero de 1994, p. 4. [[Links](#)]
55. Sobre la regla dicha de 10/30 en materia de nivel de hematocritos, un autor califica esta referencia de mito, cuyo origen "se toma de una traducción oscura y no se apoya en ninguna prueba clínica o experimental": Zauder, How did we get a "magic number" for preservative hemtocrit/ hemoglobin level,in Perioperative real

cell transfusion-program and abstracts, Bethesda, MD; National institutes of health, 27-29 de junio de 1988, p. 29.

56. Cf. las jornadas de estudio del grupo de Anestesia, reanimación, tecnología, evaluación del Hospital Broussais (París), sobre la economía de sangre, la eritropoyectine, la expansión del volumen y los testigos de Jehová (dirigido por el doctor Jean Francois Baron), Innovationen transfusion sanguine, Institut National de Transfusion Sanguine, formation continue, 1993. Sur les limites de l'enseignement médical face aux nouveautés scientifiques, ver F. Carasso, L'enseignement et les soins: deux professions impossibles? Esprit, octubre de 1993, pp. 52-66.

57. A. Morelle, citado, pp. 50-51.

58. B. Glorion, La prise de risque, facteur de progres en medicine, in colloque Risque therapeutique et responsabilité médicale, Paris, el 4 de diciembre de 1992.

59. A. Garay, P. Goni, La valeur juridique de l'attestation de refus de transfusion sanguine, Les Petites Affiches, el 13 de agosto de 1993, pp. 14-18; D. Ritley, Comment s'adapter au choix des Témoins de Jéhovah de ne pas accepter de sang?; Perspectives inhealthcare risk management, winter 1990, pp. 17-21.

60. El tribunal de apelaciones de Ontario, de manera expresa, ha consagrado el valor de este documento reteniendo la responsabilidad de un médico que había transfundido un paciente, teniendo conocimiento de tal documento; Malette v./Shulman, No. 29-88, physician's management manual, mayo de 1990, pp. 68-69.

61. Citado, p. 2962; Ver también La responsabilité médicale-données actuelles, ed. Lacassagne, Lyon, 1992, p. 68: "En todos los casos, es importante de conservar pruebas del comportamiento recalcitrante (...); nada mejor que una prueba escrita, que evita toda discusión sobre el valor del testimonio; el documento puede mencionar el ratamiento propuesto y, debajo la negativa del enfermo escrito y firmado de su propia mano"; J. H. Soutoul, F. Pierre, Le praticien face au refus des transfusion sanguine, Le concours médical, el 31 de marzo de 1990, p. 1140; De manera general, el Colegio Nacional de médicos, en lo que concierne a las prescripciones médicas recomienda la redacción escrita de las informaciones médicas destinadas al paciente, citado, nota 17.

62. J.M. Clément, Les pouvoirs a l'hospital, Le cahier hospitaliers-Berger Levrault, 1990, pp. 126-137. [[Links](#)]

63. Recomendación No. 12 (80) 4, concerniente a la participación activa del enfermo a su propio tratamiento.

*128, rue Thiers, 92100 Boulogne-Billancourt, FRANCIA

Resistencia del paciente a recibir transfusión de sangre por razones religiosas. Gaceta Jurídica Nº 184, octubre 1995.

Doctrina.

En resguardo del derecho a la vida reconocido en el artículo 19 Nº 1 de la Constitución, corresponde acoger el recurso de protección, a fin de que se proceda, aún contra la voluntad del paciente, a practicarle una transfusión sanguínea.

I.- LA CORTE DE APELACIONES. Rancagua, 22 de agosto de 1995. Vistos y teniendo presente:

Primero: Que a fojas 7, comparece don Luis Antonio Valenzuela Araya, Director Ejecutivo Interino de la Fundación de Salud El Teniente y en su representación, ambos domiciliados en Carretera El Cobre N9 1002, Rancagua, deduce recurso de protección a favor de don Jorge Ornar Reyes Ibarra, de 20 años, paciente que se encuentra internado en el Hospital de la Fundación antes individualizada, en estado actual de gravedad y con ventilación mecánica, y que se ha negado que se le efectúen transfusiones de sangre, señalando que es Testigo de Jehová; agrega que debido al estado de salud del amparado éste no puede manifestar opinión alguna, y que sus padres, don Jorge Reyes Muñoz y su madre doña Alicia Ibarra Vidal, ambos domiciliados en Centenario N9 689, Población William Braden, Rancagua, se han negado a que se efectúen a su hijo transfusiones de sangre, por motivos religiosos; por lo que se está vulnerando el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, consagrado expresamente en el artículo 19 Nº1 de la Constitución Política de la República de Chile; aduce, además, que en opinión del Médico Jefe de la Unidad de Cuidados Intensivos de la Fundación ya referida don Iván Pérez Hernández, es imperiosa y de extrema urgencia del punto de vista médico la transfusión de sangre al paciente con el objeto de poder salvarle la vida debido a su precario estado de salud; señala, también, que el Médico don Iván Pérez Hernández, en la parte final de su informe, fechado el 17 de agosto de 1995, y que se acompaña a este recurso y que rola a fojas 1 y 2, señala textualmente: "La transfusión de sangre será imprescindible para salvar su vida en 2 condiciones: en caso de una hemorragia aguda de cualquier origen y ante la necesidad de retirarlo de ventilación mecánica, apenas se den las condiciones para ello; en esta última condición es prácticamente imposible que pueda ventilar espontáneamente con ese grado de anemia asociado a un daño pulmonar difuso severo. La situación actual del paciente es de gravedad, aunque con estabilidad hemodinámica y general"; por lo que en mérito de las disposiciones invocadas, y en especial artículo antes señalado de la Carta Fundamental y Auto Acordado de fecha 24 de junio de 1992, de la Excma. Corte Suprema, pide se tenga por interpuesto el recurso, se someta a tramitación y en definitiva se acoja en el sentido de autorizar que los Médicos de la Fundación de Salud El Teniente, puedan efectuar las transfusiones de sangre al amparado, con el objeto de salvarle la vida

Segundo: Que obran en este recurso fotocopia autorizada denominada "Directriz/ Exoneración Médica por Anticipado", de fecha 26 de julio de 1995, que rola a fojas 6, en la cual el amparado Jorge Ornar Reyes Ibarra, manifiesta su deseo de que no se le hagan transfusiones de sangre (sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas ni plasma sanguíneo), en ningún caso, aunque los médicos las consideren necesarias para conservarle la vida o la salud. Acepta expandidores no sanguíneos del volumen (tales como Dextrán, Solución Salina o de Ringer, Hetastarch y Haemaccel) y otra atención médica sin sangre; agrega, que da esta directriz legal en ejercicio de su derecho de aceptar y rehusar tratamiento médico en conformidad con sus arraigados valores y convicciones; es Testigo de Jehová y dispone lo antedicho en obediencia a mandatos bíblicos, como el que dice: "Sigan absteniéndose. . de sangre", ésta es y ha sido, su firme postura religiosa por dos años; aduce, asimismo, que sabe que las transfusiones de sangre encierran diversos peligros, por lo que ha decidido evitarlos y, en vez de eso, aceptar atención médica sustitutiva sin sangre; esta declaración de voluntad la hace en ejercicio del derecho constitucional y legal a la integridad física, síquica y moral y el pasarla por alto significaría una violación de derechos humanos y civiles otorgados por la legislación vigente (Constitución Política de Chile, artículo 19 números 1 y 6; Pacto de San José de Costa Rica, artículo 5g y Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 29 y 18, publicados como Ley Chilena el 5 de enero de 1991 y 29 de abril de 1989, respectivamente); por último, dice que exonera de responsabilidad a los médicos, anestesiólogos, y al hospital y su personal por cualquier daño que resulte de su negativa a aceptar sangre, a pesar del cuidado competente que en otro sentido se le dé;

Tercero: Que, informando, doña Alicia Ibarra Vidal, a fojas 11, madre de Jorge Ornar Reyes Ibarra, manifiesta que es partidaria que no se efectúen transfusiones de sangre a su hijo, porque desea respetar la voluntad de éste, la que expresó en forma muy clara en documento que firmó; agrega que ella

también como Testigo de Jehová se siente comprometida en conciencia a respetar una ley que para ella es de Dios;

Cuarto: Que informando -a fojas 10-don Jorge Ornar Reyes Muñoz, padre del amparado Jorge Ornar Reyes Ibarra, señala que dado el estado grave de salud que en la actualidad se encuentra su hijo y con el único objeto de salvarle la vida, ha indicado a los doctores que tratan a su hijo que tienen su autorización para que le efectúen las transfusiones de sangre que sean necesarias para preservar la vida, no obstante que su hijo por motivos religiosos se ha negado a ello; expresa, por último, que el día sábado 19 de agosto en curso, hizo una declaración jurada ante Notario dando la autorización a que se ha referido precedentemente, la que entregará en el Hospital cuando se le solicite.

Corroborado lo informado por don Jorge Reyes Muñoz la declaración jurada que rola a fojas 12, en virtud de la cual éste señala que viene en autorizar al Cuerpo Médico de la Unidad de Cuidado Intensivos del Hospital Fusat, de Rancagua, para que administren los tratamientos que estimen conveniente al paciente don Jorge Ornar Reyes Ibarra, y en especial en cuanto a las transfusiones de sangre siempre y cuando sean de extrema necesidad;

Sexto. Que de los antecedentes médicos que obran en el recurso se desprende que resulta indispensable para la salud del enfermo Jorge Ornar Reyes Ibarra, practicarle las transfusiones de sangre en caso de que se constate el padecimiento de una hemorragia aguda y ante la necesidad de retirarlo de la ventilación mecánica, de tal modo que de no hacerlo existiría la posibilidad de un desenlace fatal;

Séptimo: Que constituye una obligación de los Médicos tratantes de la persona en cuyo favor se ha recurrido, el procurar por todos los medios y técnicas que integran la *lex artis* médica el mantener la vida de sus pacientes utilizando la transfusión de sangre cuando ello fuere necesario, aun contra la voluntad del paciente y de sus familiares que por motivos religiosos se niegan a aceptar tal tratamiento, en razón de que debe primar la preservación de la salud y la vida de las personas sobre cualquiera otra consideración aunque sea de índole religiosa que ponga en riesgo innecesariamente la vida del enfermo;

Octavo: Que el ordenamiento jurídico nacional consagra en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona, garantía protegida especialmente por el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Carta Fundamental, de modo que ninguna persona pueda sufrir por causa de actos u omisiones arbitrarios e ilegales privación, perturbación o amenaza en el ejercicio del referido derecho, siendo deber imperativo especialmente, de las autoridades públicas velar por la salud y la vida de las personas que conforman la sociedad;

Noveno: Que atendidas las circunstancias establecidas en este recurso y la necesidad imperiosa de no peñeren peligro la vida del enfermo en cuyo favor se ha recurrido, el recurso de protección deducido en estos autos debe ser acogido.

Ver también Jurisprudencia citada en Gaceta Jurídica N° 187 enero 1996, página 62, Gaceta Jurídica N° 201 marzo de 1997, página 77.

Gaceta Jurídica N° 50, agosto 1984, página 76. Ver Jurisprudencia en el mismo sentido citada en Gaceta Jurídica N° 183 septiembre 1995, página 80.

Opción o cúmulo de responsabilidades, implica optar demandar conforme las normas de la responsabilidad contractual o extracontractual.

Al respecto la Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de fecha 10 de agosto de 2000, apelación Rol 1.977-99 ha señalado:

“Que ahora bien, es una realidad inegable que los daños causados a la paciente con ocasión de una intervención quirúrgica pueden revestir simultáneamente características propias de una infracción contractual (al contrato de prestación médica, de hospitalización y/o de asistencia sanitaria), y, al mismo tiempo, de un delito o cuasidelito civil (la violación del deber general de actuar con diligencia y no causar daño a otro). En otras palabras, la negligencia médica y hospitalaria con daños al paciente puede incluirse indistintamente en el supuesto de hecho de la normativa contractual (artículos 1567 y siguientes del Código Civil) y de la extracontractual (artículos 2314 y siguientes del mismo Código).

No cabe duda que en la actualidad existe una gran inseguridad conceptual en la delimitación de los supuestos de hecho de una y otra responsabilidad es decir, la línea divisoria entre los deberes de cuidado emanados del contrato y aquellos que emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros es muy borrosa en ciertos ámbitos del que hacer humano, y sobre todo, en los servicios de atención médica empresarialmente organizada. Por ello es preferible otorgar a la víctima la opción de elegir la vía extracontractual aunque el demandado pruebe que exista un vínculo contractual previo al daño hecho este último que, por lo demás, no se ha alegado ni establecido en autos, esto es, no se encuentra acreditada la existencia de un vínculo contractual entre la paciente fallecida y la parte demandada. Solamente aparece la existencia de dicho vínculo entre el médico que la operó y ella. (Pedro Zelaya Etchegaray en Revista de Derecho Y Jurisprudencia , T XCIV, N°2, 1977, página 471.

Por lo demás, quienes niegan el cúmulo u opción de responsabilidades la aceptan cuando la inejecución de la obligación contractual constituye, a la vez, un delito cuasidelito penal, y, en el caso en estudio, no puede dejar de considerarse que en el proceso penal seguido a consecuencia de la muerte del paciente, esta Corte, por resolución de 27 de marzo de 1998, que en copia se lee a fojas 124 de esta causa, aprobó el sobreseimiento temporal..., puesto que no hay antecedentes suficientes para acusar a determinada persona como autor, complice o encubridor” Gaceta Jurídica N° 259, enero de 2002, página 38. (Fallo Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2000, Considerando 5to).

En igual sentido se había pronunciado años antes la Corte de Apelaciones de Santiago en el fallo de fecha 28 de enero de 1993, declaró:

Que no alteran las conclusiones referidas en los considerandos precedentes, la alegación de la clínica demandada en el sentido que no procede aplicar las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, por existir en su concepto, entre ellos, una relación contractual, toda vez que tal relación contractual no se encuentra acreditada suficientemente que, aun en el caso de existir, entre las partes una relación contractual (invocada por la clínica demandada), nada impediría que el actor pudiera acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción a las pretensiones formuladas en la demanda” Tala Saig, Oscar con Clínica Las Condes, Apelación rol N° 2.020-92, publicado en Gaceta Jurídica, N° 151, enero, 1993. (Considerando 9°).

Gaceta Jurídica N° 39 de 1983, página 60 y siguientes (considerandos 31 y 32

Con motivo de un cuasidelito de lesiones graves ocasionadas a una puerpera producto de la administración de anestesia epidural que le causó un paro respiratorio, en fallo de 23 de agosto de 1983 la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que, si quien ejecutó el hecho imprudente lo hizo calidad de dependiente de una institución, actúa como una persona jurídica de derecho privado y, en consecuencia, es procedente acceder a la acción civil contra el Servicio de Salud en los términos del artículo 2322 del Código Civil, debiendo éste responder por todos los perjuicios, solidariamente con el dependiente autor del daño.

Para que el Servicio de Salud pudiese sortear su responsabilidad, necesario habría sido que al Hospital no le hubiera cabido otra participación que la de permitir el uso de sus equipos e instalaciones.

Gaceta Jurídica N° 269 noviembre del año 2002, página 39 y siguientes. Juicio Ordinario de indemnización de perjuicios. Requisitos para que proceda responsabilidad cuasidelictual. Responsabilidad civil médica de la Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción.

- 1) Que el autor sea capaz de delito o cuasidelito. El análisis de la capacidad delictual resulta irrelevante en la materia que tratamos, puesto que, la responsabilidad civil comienza a las siete años de edad, conforme así lo expresa el artículo 2319 del Código Civil
- 2) La acción y criterios subjetivos u objetivos de atribución Existencia de un hecho culposo o cuasidelito propiamente tal, cuya responsabilidad le es imputable a la parte demandada.
- 3) Que este hecho culposo haya causado un perjuicio o daño a la parte demandante.
- 4) Que entre el hecho doloso o culposo y el perjuicio haya relación de causalidad, esto es, que los daños o perjuicios sufridos sean consecuencia directa e inmediata de aquél.

En caso que no concurren dichos requisitos, en forma copulativa, la demanda de indemnización de perjuicios debe ser rechazada.

Relación de causalidad

El hecho culpable debe ser la causa necesaria y directa de daño. Por lo menos, de manera general se puede afirmar que si los daños se han podido producir aún en ausencia de delito o cuasidelito civil, éste (el hecho) no ha sido origen de aquellos y, por el contrario, que existe relación de causalidad si los perjuicios requieren como antecedente necesario el hecho culpable cometido. R.D.J T. LI, 2ª, P., Sec. 1ª., p. 488. citada por Veas Pizarro "De la Responsabilidad Extracontractual Indirecta" Metropolitana Ediciones, año 1999, página 158.

Doctrina. (Víctor Flores Carvajal "Responsabilidad Civil Médica" Editorial Metropolitana, 2002, página 78.

Sin embargo, debido a la complejidad de la ciencia médica generalmente el hecho que produce daño está rodeado no sólo de una causa, sino de un sin número de circunstancias que percuten en la producción de un daño o perjuicio.

Es por eso que en la materia que tratamos es difícil determinar la relación causal, elemento imprescindible como factor de atribución de responsabilidad, ya que se presentan problemas adicionales que dilucidar.

Doctrina (Victor Manuel Flores Carvajal)

Debemos determinar:

a) Si el daño obedece al actuar negligente del prestador de salud.

b) Si el daño es consecuencia del tratamiento médico, pero sin existir negligencia del prestador de salud, sino que es producto de un hecho imprevisto e inevitable (iatrogenia), por ejemplo, el daño que deriva de la evolución natural de la enfermedad o reacciones imprevisibles en el organismo del paciente frente a determinados medicamentos.

c) Si el daño es producto de un hecho de la víctima.

En la situación mencionada en la letra b), el daño es atribuible a las acciones del prestador de salud, es decir existe una relación de causalidad, pero no ha existido culpa, sino que el daño es producto de un hecho imprevisto e inevitable y, por lo tanto, no le es imputable jurídicamente. La letra c) contempla el hecho del paciente-víctima, no existe relación de causalidad entre las acciones médicas y el daño.

Doctrina (Víctor Manuel Flores Carvajal)

Una vez hecha la determinación anterior y encontrándonos dentro de la hipótesis mencionada en la letra a) habrá que determinar si efectivamente el daño se debió al actuar negligente del agente, es decir, si efectivamente el actuar del prestador de salud es causa necesaria del daño

En nuestro país la doctrina y jurisprudencia, no obstante, existir diversidad de teorías – teoría de la causa próxima, de la causa eficiente, de la causa adecuada, de la equivalencia de las condiciones-, se han mostrado más conservadoras en el análisis del nexo causal buscando solución al problema en el análisis de cada caso en particular pero siguiendo los

patrones descritos en la siguiente diapositiva:

Relación de causalidad

- a) El hecho que produce el daño debe ser idóneo en sí mismo, vale decir, debe tener aptitud para producir el efecto perjudicial.
- b) El daño debe ser consecuencia directa, mediata o inmediata del hecho, acto u omisión. Existirá relación de causalidad cuando tras una simple operación intelectual, al suprimir mentalmente la causa, el efecto desaparece. Al respecto la Corte Suprema ha expresado: “Conforme a la teoría lógica de las condiciones...cualquiera de las causas que genere un resultado y cuya supresión, merced a un proceso mental, traería por consecuencia su desaparecimiento, es causa del mismo

R.D.J. T XXXI, Sec. 1a., p. 144, y T. XXXII , Sec. 1ª., p. 10.

Culpa profesional

fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel , 15 de Abril 1992, publicado en Gaceta Jurídica N° 143, mayo, año 1992, página 75 y Sgtes.

Doctrina.

- 1.- Es culpa profesional aquella en que suelen incurrir determinados profesionales como los médicos, dentistas, abogados, etc., y se clasifica en contractual y delictual o cuasidelictual. (Consid. 2º)
- 2.- La responsabilidad del profesional odontólogo que presta servicios en FONASA, tiene el carácter de contractual (consid. 6º), rigiéndose por las reglas del mandato y del arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no fueren contrarias a aquellas (artículos 2118 y 2012 del Código Civil). (Consid. 7º)
- 3.- La prueba de la culpa del mandatario -profesional odontólogo- está sujeta a las normas generales del derecho común, bastando por tanto al mandante probar la existencia de la obligación incumplida para que dicho incumplimiento se presuma culpable, y correspondiendo al mandatario exculparse en razón de caso fortuito, fuerza mayor o falta de negligencia. (Consid. 8º)
4. - Si no ha logrado establecerse con una probabilidad lindante con la certeza que el resultado lesivo ha sido producido por la violación del deber de cuidado profesional, la demanda debe ser desestimada. (Consid. 2º)